

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA



**FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



TESIS

**“LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS”**

PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO

Presentada por: JOSEFINA GORYET RIVERA COTOS

Asesor: DR. SANTIAGO HERRERA NAVARRO

PIURA – PERÚ

2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



TESIS

**"LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL CONTRATO
ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS"**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**Br. JOSEFINA RIVERA COTOS
EJECUTORA**

**Dr. SANTIAGO HERRERA NAVARRO
ASESOR**

**Línea de Investigación Institucional: Legislación y Ciencias Políticas
Sub Línea de Investigación: Estado, Modernización y Derecho
Administrativo**

**PIURA- PERU
2019**

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Yo, **JOSEFINA GORYET RIVERA COTOS** identificada con DNI N° **47427426**, en la condición de Bachiller, egresada de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS** y domiciliada en Urbanización Los Titanes Mz. K Lt. 16, distrito de Piura, provincia de Piura y departamento de Piura, con celular 980344589 y, correo electrónico: grivera1990@gmail.com.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia ni parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. 411 del Código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444 y, Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.

Piura, Febrero del 2019




Josefina Goryet Rivera Cotos
DNI N° 47427426

Artículo 411: El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4 Inc. 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales- RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**"LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE
SERVICIOS"**

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO:



DR. LUIS-ALBERTO YAIPEN HIDALGO
PRESIDENTE



DR. ALBERTO CHUMACERO MORALES
SECRETARIO



DR: GUILLERMO CEVALLOS LÓPEZ
VOCAL

PIURA – PERÚ

2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD*

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
024-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: "LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS", presentada por la Bachiller RIVERA COTOS JOSEFINA GORYET con el asesoramiento del Dr. Santiago Herrera Navarro; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒


DESAPROBADA ☐

Con la mención de:

MUY BUENA

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 21 de enero de 2019


DR. LUIS YÁÑEZ HIDALGO
PRESIDENTE


MAG. JOSÉ ALBERTO CHUMACERO MORALES
SECRETARIO


MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

Esta investigación se dedica a todas aquellas personas que laboran bajo la modalidad de los llamados Contratos Administrativos de Servicios (CAS), y corren el riesgo de quedarse sin trabajo, como consecuencia de la no renovación del contrato, lo que en la realidad constituye un despido indirecto, contraviniéndose en consecuencia la garantía de la estabilidad laboral que garantiza nuestra constitución vigente.

AGRADECIMIENTO

Un especial agradecimiento a Dios por ser la razón de mi existencia, a mi familia, a los docentes de la Facultad y a todas aquellas personas que de una u otra manera ha permitido la culminación de mis estudios, esperando con esta investigación poder obtener el título de abogado.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE

RESUMEN 01

ABSTRAC 02

INTRODUCCIÓN 03

CAPITULO I

MARCO TEORICO

1.1 Generalidades sobre la administración pública 04

1.2. La administración pública en la legislación peruana 08

1.3. Clasificación de la administración pública 15

1.4. La función pública peruana 15

1.4.1. Generalidades 15

1.4.2. La Función Pública en la Constitución y Legislación Nacional 17

1.5. Contratos Administrativos 20

1.5.1. Antecedentes históricos de las contrataciones estatales 20

1.5.2. Origen próximo del contrato administrativo 24

1.5.3. Noción de contrato administrativo	25
1.5.4. Evolución de la doctrina de los contratos de la administración	27
1.5.5. Definición de contrato administrativo	32
1.5.6. Contrato administrativo en constitución política de 1993	35
1.5.7. Evolución de la legislación sobre contratación pública en el Perú	37
1.5.8. Caracteres	39
1.5.9. Elementos	45
1.5.10. Similitudes y diferencias entre el contrato civil y el contrato administrativo	50
1.5.11. Modelos contractuales	53
1.5.12. Principales contratos administrativos	53
1.6. Glosario	74

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	79
2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	79
2.3. JUSTIFICACIÓN	80

2.4. VIABILIDAD	80
2.5. OBJETIVOS	80
2.5.1. Objetivo general	80
2.5.2. Objetivos específicos	80
2.6. HIPÓTESIS	81
2.7. VARIABLES	81
2.7.1. Variable independiente	81
2.7.2. Variable dependiente	81
2.7.3. Conceptualización de las variables	81
2.7.4. Operacionalización de las variables. Indicadores	82
2.8. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	82
2.8.1. Tipo de investigación	82
2.8.2. Técnicas y Métodos de investigación	82

CAPITULO III

PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

3.1. Análisis jurisprudencial	85
3.2. Análisis de la discusión de resultados	88
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	93
APÉNDICES	97

RESUMEN

Esta investigación: “La estabilidad laboral en el contrato administrativo de servicios (CAS)”, tiene el propósito demostrar que bajo esta modalidad de contratación laboral, se contraviene la garantía constitucional de estabilidad en el cargo, porque con la simple no renovación del contrato de trabajo, se produce el cese en las labores habituales; para lo cual se propone como objetivo general: Determinar que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS), atenta contra el derecho de los trabajadores de gozar con estabilidad en el trabajo; y como objetivos específicos se proponen: 1.- Analizar los alcances del Decreto Legislativo 1057, y 2.- Analizar la garantía constitucional a la estabilidad en el trabajo. El tipo de investigación es documental explicativa porque se hace un estudio de la problemática del tema; los métodos que se utilizan son: *El método dogmático*, con la finalidad de poder conocer la naturaleza jurídica del tema; *el método deductivo*, es decir de lo general a lo específico, partiendo de enunciado general del que se va desentrañando partes o elementos específicos; *el método descriptivo*, con la finalidad de poder responder a la pregunta ¿Cómo es? Una determinada parte de la realidad que es objeto del estudio; *el método explicativo*, con la finalidad de considerar la respuesta al ¿cómo?, se centra en responder a la pregunta: ¿Por qué es así la realidad? o ¿cuáles son las causas y efectos?; *el método literal*, con la finalidad de llegar a conocer el significado de las normas; *el método de la ratio legis*, a fin de comprender para qué se dictó determinada norma, es decir, conocer el espíritu de la ley; lo que nos permite arribar a las conclusiones y recomendaciones propuestas.

Palabras claves: Estabilidad laboral, contratos CAS

ABSTRAC

This research: "The stability of work in the administrative contract for services (CAS)", has the purpose of demonstrating that under this modality of employment, contravene the constitutional guarantee of stability in office, because simply by not renewing the contract Work, there is a cessation of habitual work; For which it is proposed as a general objective: To determine that the Administrative Contract of Services (CAS), undermines the right of workers to enjoy stability in work; And as specific objectives are proposed: 1.- Analyze the scope of Legislative Decree 1057, and 2.- Analyze the constitutional guarantee to stability at work. The type of research is documentary explanatory because it makes a study of the problematic of the subject; The methods used are: The dogmatic method in order to be able to know the legal nature of the subject; The deductive method, that is to say from the general to the specific, starting from general statement of which is unraveling specific parts or elements; The descriptive method, in order to be able to answer the question How is it? A certain part of the reality that is the object of the study; The explanatory method in order to consider the answer to how, it focuses on answering the question: Why is reality like this? Or what are the causes and effects; The literal method, in order to get to know the meaning of the norms; The method of the ratio legis in order to understand for what was dictated certain norm, that is to say, to know the spirit of the law; Which allows us to reach the conclusions and recommendations proposed.

Key words: Labor stability, CAS contracts

INTRODUCCIÓN

Mediante la presente investigación “La estabilidad laboral en el contrato administrativo de Servicios” se persigue demostrar que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) vulnera la estabilidad laboral de los trabajadores contratados bajo esa modalidad de servicios, contraviniendo el artículo 27 de la Constitución que prescribe que: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*, sin embargo, las personas que trabajan bajo esa modalidad carecen de estabilidad laboral, porque los contratos son renovados trimestral, semestral o anualmente; bastando que el empleador no renueve el contrato para que el trabajador se quede sin trabajo, no cumpliéndose en modo alguno la disposición constitucional acotada.

La investigación consta de tres partes, abordándose en una primera parte el marco teórico que comprende: los antecedentes de la investigación, la administración pública en la doctrina, la administración pública en la legislación peruana, la clasificación de la administración pública, la función pública en el Perú, la Función Pública en la Constitución y Legislación Nacional, así como los contratos de servicios: En un segundo capítulo se aborda el diseño metodológico que comprende: el planteamiento del problema, la formulación del problema, la justificación de la investigación, la viabilidad, los objetivos, la hipótesis, las variables, la conceptualización de las variables, la operacionalización de las variables, las técnicas y métodos de investigación. En una tercera parte se aborda lo referente a la probanza de la hipótesis que comprende: Probanza jurídico-doctrinal, un análisis jurisprudencial, un análisis en el derecho comparado, así como un análisis de la discusión de resultados de la encuesta desarrollada en el trabajo; lo cual nos permite arribar a las conclusiones y recomendaciones y en consecuencia a nuestra propuesta legislativa.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. GENERALIDADES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración significaba entre los romanos la satisfacción de necesidades de la sociedad, con un esfuerzo extra por parte de los oficiales. También proviene del vocablo: *ad manus traher* que alude a la idea de manejar o gestionar.

Para otros autores administración proviene de "*ad manus trahere*" lo que implica "manejar, gestionar, traer a la mano". A poco que analicemos se comprueba que son significaciones casi idénticas y que lo importante es que este sentido pone de resalto el carácter de que es una actividad subalterna o subordinada.

En sentido amplio, Administración Pública denota toda la actividad del Estado, sea esta Legislativa, Ejecutiva y Judicial, por lo que puede ser considerada "como el Complejo de funciones ejercidas por los Órganos Estatales, en la consecución de Bienes colectivos" (Luis Bramont Arias).

Podemos decir además, que el término "Administración Pública" se identifica de modo tradicional con el Estado. De igual manera, en los diccionarios de términos jurídicos se menciona a la Administración Pública como "el Poder Ejecutivo en acción con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. (ALVA MATTELUC, Mario "El Concepto de la Administración Pública en la Legislación Peruana).

En la doctrina se puede citar a MULARZ quien acuña una definición de "Administración Pública", entendida ésta como "... aquella organización que el Estado utiliza para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas, a través de la transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones." (Son Bonnin (1808) "Principios en la Administración Pública").

En esa misma línea BONNIN señala a la Administración Pública como una potencia que arregla, corrige y mejora todo cuanto existe y de una dirección más conveniente a los seres organizados y a las cosas. Agrega que, la administración pública es la que tiene la gestión de los asuntos comunes respecto de la persona, de los bienes y de las acciones del ciudadano como miembro del Estado, y de su persona, sus bienes y sus acciones como incumbiendo al orden público".

Para MUÑOZ AMATO la Administración Pública es "... un conjunto de ideas, actitudes, normas, procesos, instituciones y otras formas de conducta humana que determinan como se distribuye y ejerce la autoridad política y como se atiende los intereses públicos".

Los autores Hood y Jackson", definen a la administración pública de la siguiente manera: "No obstante la administración pública es la vida misma de la sociedad, todavía se encuentra inmersa en un ambiente de incomprensión académica y debilidad conceptual. Se reconoce como la actividad inherente a la vida del Estado, pero en ocasiones se omite que es a la vez una institución pública. Sin desconocer su misión como actividad del Estado, también es responsable de salvaguardar, impulsar y desarrollar la vida pública de la cual la última forma parte.

Es frecuente que no se analicen los fundamentos sociales, políticos y públicos para entenderla en toda su complejidad institucional; esto es, como instrumento común, lo cual

significa que atiende y da respuesta a problemas públicos y necesidades sociales"(Christopher Hood y Michael Jackson (2003) "La argumentación en la Administración"

En la actualidad, en materia de Derecho Administrativo, la doctrina considera que cuando la Administración Pública ejerce función administrativa, lo debe hacer a través de las formas jurídicas que le están permitidas. Estas formas son: reglamentos, actos administrativos, *contratos administrativos*, actos de la administración y por último los hechos administrativos. Estas manifestaciones de la administración pública pueden ser efectuadas tanto por (i) organismos, (ii) órganos y (iii) personas-órgano, las mismas que pueden ser estatales o privadas. (ALVA MATTEUCCI, Mario. "El concepto de la Administración Publica) Legislación Peruana")

También podemos entenderla "como la parte de los órganos del estado que dependen directa o indirectamente del poder ejecutivo, tienen a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (legislativo y judicial); su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales con una estructura jurídica y con procedimientos técnicos" (PIÑA SEGURA, Yeni Noemi Curso Derecho Administrativo en México)

Se puede entender a la administración pública como la disciplina encargada del manejo científico de los recursos y de la dirección del trabajo humano enfocado a la satisfacción del interés público, entendiendo éste último como las expectativas de la colectividad.

Una conceptualización más simplista nos diría que por *administración pública* se entiende al conjunto de entidades que componen el Estado.

Afirma GARCIA ETERRIA que la Administración Pública es la única personificación interna del estado cuyos fines asume y es el instrumento de relación permanente y general con los

ciudadanos, por ello es lícito decir que el derecho Administrativo es el derecho público del Estado por excelencia.

De acuerdo con esta premisa podemos afirmar que la administración Pública es la maquinaria operativa del estado, su razón de existir es servir a la colectividad, con el propósito de brindarles bienestar (ABC del Derecho Administrativo. 2005, Cap. 2, La Administración Pública. Lima: EGACAL.) .

En sentido estricto, la expresión administración pública puede ser indicativa de: Una actividad concreta, concebida como organización y dirección de personas y medios para alcanzar fines públicos. La administración pública es la actividad administrativa que realiza el Estado para satisfacer sus fines, a través del conjunto de organismos que componen la rama ejecutiva del gobierno y de los procedimientos que ellos aplican, así como las funciones administrativas que llevan a cabo los otros órganos y organismos del Estado (Jiménez Castro (2007) La Administración Pública; Lima)

Otros conceptos interesantes que se han generado en torno a la administración Pública son los que de manera sintética hace Ignacio Pichardo Pagaza, mismos que en seguida se transcriben:

Desde el punto de vista orgánico, la administración pública es el órgano del estado, encargado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Desde el punto de vista social, tiene como objeto regular la distribución de la riqueza y de los recursos sociales entre las clases sociales que conforman la nación. La administración pública es la instancia reguladora de la distribución social.

Por Administración Pública se entiende generalmente, aquella parte del poder Ejecutivo a cuyo cargo está la responsabilidad de desarrollar la función administrativa. De esta manera, la Administración Pública puede entenderse desde dos puntos de vista, uno orgánico, que se refiere

al órgano o conjunto de órganos estatales que desarrollan la función administrativa y desde el punto de vista formal o material según el cual debe entenderse como la actividad que desempeña este órgano o conjunto de órganos (PICHARDO PAGAZA, Ignacio (2000) Introducción a la Administración Pública en México.

De lo anterior podemos deducir que mediante la administración Pública, el Estado puede realizar actos denominados justamente administrativos para lograr sus fines y objetivos, todo a través de sus trabajadores, conocidos en este campo de acción como servidores públicos. Así, la Administración Pública, mediante sus actos, busca concretar las políticas gubernamentales toda vez que el órgano que maneja el patrimonio del Estado.

Finalmente, en la doctrina se precisa que Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; dicha atribución tiende a la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos ex profeso" .

1.2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Para que el Estado pueda cumplir eficazmente sus fines esenciales de lograr el bienestar de la colectividad, es precisa e indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo, se denomina en términos generales "Administración Pública", identificada dentro del sistema constitucional con el Poder Ejecutivo, que comprende al gobierno nacional y a la administración.

La Administración Pública es el conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales, que ejercen la Función Administrativa del Poder para lo cual tiene la necesidad de valerse de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos.

Es el ordenamiento y el manejo que se da a las entidades que conforman el Estado para que funcionen bien; por ejemplo, ordenando las tareas, distribuyendo el trabajo a distintos empleados o fijando las responsabilidades de cada persona. Si bien estas explicaciones técnicas pueden parecer del todo claras, en la práctica y sobre todo en la legislación positiva, podemos observar una gran confusión conceptual, tal vez producto del "efecto pendular" de la legislación y de la decisión política que toman los gobiernos en determinadas épocas. (ALVA MATTEUCCI, Mario. "El concepto de la Administración Pública en la Legislación Peruana")

Por Administración Pública, generalmente, se entiende a la organización integrada por un personal profesional, dotada de medios económicos y materiales públicos que pone en práctica las decisiones tomadas por el gobierno. Se compone de todo lo que la hace efectiva: funcionarios y edificios públicos, entre otros. Por su función, es el enlace entre la ciudadanía y el poder político (OSORIO, Isaura, 2008, *"La Administración Pública /diapositivas"*). Venezuela: UPC).

Si se hace un recuento de la legislación peruana para verificar el concepto de "Administración Pública" podemos mencionar a los siguientes dispositivos:

a) El Decreto Supremo N° 006-67 -SC, conocido como el Reglamento de Normas de Procedimientos Administrativos, consideraba como administración Pública únicamente al Poder Ejecutivo (Presidencia, Consejo de Ministros y Ministerios); a las entidades del subsector público independiente incluidas las empresas estatales y, por último, a los gobiernos locales representados por los municipios.

Como vemos, el concepto de Administración Pública es restrictivo y sólo se menciona al sector estatal, excluyéndose al sector privado que también ejercía función administrativa a través de sus organismos, órganos y persona órgano. Pero la decisión política, al margen de que ejercieran o no función administrativa fue excluirlos.

b) La Ley N° 25035, (11 de junio de 1989), conocida también como la Ley de Simplificación Administrativa, amplía considerablemente el concepto de Administración Pública. "Comprende a los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, las reparticiones de éste último, las entidades, instituciones u órganos a los que la Constitución les confiere autonomía, las instituciones públicas descentralizadas, las empresas de Derecho Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, los Organismos Descentralizados Autónomos y, en general, las entidades de Derecho Público del Estado en cuanto ejerzan funciones administrativas. Como vemos, esta norma excluye a los no estatales. Esto debido a que hubo un insuficiente manejo del concepto de Administración Pública".

c) El Decreto Legislativo N° 757, (8 de noviembre de 1991), Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, reconoce como entidades de la Administración Pública a los ministerios, instituciones y organismos públicos y a otras instituciones de la administración pública de cualquier naturaleza, sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales. Como apreciamos, nuevamente se excluyó al sector no estatal que también ejerce función administrativa.

d) El Decreto Ley N° 26111 (D.S. N° 02-94-JUS), elevó a la categoría de Ley al Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Con ello, el Poder ejecutivo lo retiró de su esfera de dominio, es decir que ya no podía modificarlo por vía reglamentaria. Ello equivale a decir que sólo podía modificarlo a través de la emisión de una norma con rango de Ley. Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N° 02-94-JUS, el cual aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Aquí se plasmó

un concepto de Administración Pública mucho más amplio y acorde con la doctrina en materia administrativa. La Administración Pública comprende aquí además de las entidades del sector estatal a otras instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, incluidas las universidades. Se incluye pues al Sector no estatal, situación que era impensable años atrás.

e) La Ley N° 27444, (20 de marzo de 2001), plantea explícitamente la derogatoria de todo el ordenamiento anterior tanto de la general (que se originan en el OS 006-67-SC) y las otras dos normas que comentamos Ley 25035 y el Título IV del Decreto Legislativo 757; y busca compatibilizar en materia de Simplificación Administrativa con la Comisión de Acceso al Mercado. Ley del Procedimiento Administrativo General es la norma que actualmente regula los procedimientos administrativos en el país y en palabras de ELOY ESPINOZA-SALDAÑA, ésta tiene una vocación didáctica y pedagógica. Por ello señala que "... en ocasiones esta norma tiene una redacción bastante más próxima a la de un manual de Derecho Administrativo, ya que su innegable preocupación por proporcionar a la Administración y a los administrados múltiples elementos e insumos destinados a facilitar una cabal interpretación de sus preceptos le ha hecho recoger una explicación detallada sobre una serie de temas, además de consignar una larga lista de conceptos que en la mayoría de las normas existentes en el Derecho Comparado no están recogidos expresamente, pues se dan por conocidos y presupuestos". Al revisar el texto del Artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General observamos que para los fines de la presente norma se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública al Poder Ejecutivo, incluyendo a los Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; al Poder Legislativo; al Poder Judicial; a los Gobiernos Regionales y Locales; a los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes les confieren autonomía; también a las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de Ley que las refiera a otro régimen; y finalmente las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del

Estado, conforme a la normativa de la materia.

Como se aprecia, aquí se mantiene la tendencia de considerar dentro del concepto de Administración Pública no sólo a las entidades estatales sino también en el caso de los particulares, sobre todo en el caso que se presten servicios públicos o se ejerce una función administrativa. Observemos entonces que en la práctica no sólo existe Administración Pública en el Poder Ejecutivo, sino en gran parte del Estado e incluso en entes privados que desempeñan funciones administrativas por habilitación del Estado. Del latín "ad- ministrare", que significa servir, o de "*liad manus trahere*" que alude a la idea de manejar o gestionar".

Es pertinente citar a MORÓN URBINA, quien manifiesta sobre este tema que "No se trata de un concepto unitario de lo que se conceptúa como Administración Pública aplicable a todos los ámbitos normativos e incluso para todo el ámbito del Derecho Público. Este catálogo no es opuesto ni deroga los contenidos del término Administración Pública establecidos para fines presupuestarios, de la contratación pública, o para fines de régimen laboral público. Se trata, exclusivamente, de un concepto para identificar a cuales entidades le serán aplicables las normas de esta Ley".

Pero centrándonos ya en el concepto de Administración Pública, generalmente se entiende a la organización integrada por un personal profesional, dotada de medios económicos y materiales que pone en práctica las decisiones tomadas por el gobierno; se compone de todo lo que la hace efectiva: funcionarios y edificios públicos, entre otros. Por su función es el enlace entre la ciudadanía y el poder político.

De manera general, podemos decir que *la administración pública es la encargada de cumplir con la función administrativa del Estado*. Para ello, la administración pública desarrolla las siguientes actividades:

a) Actividad de policía: Consiste en la obligación de establecer y mantener la seguridad y el orden. Para tal efecto, la administración pública puede establecer limitaciones y otorgar licencias o autorizaciones para el desarrollo de determinadas actividades.

b) Actividad Prestacional: Consiste en la administración de los servicios públicos, entendidos como servicios de carácter esencial para la población. Esta función no significa que la administración pública prestará de manera directa los servicios pues puede recurrir a entidades del sector privado para tal efecto. En estos casos deberá desarrollar una actividad de fiscalización y control encaminada a asegurar la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

c) Actividad de fomento: Esta función se refiere a la promoción de la realización de determinadas actividades que son de interés público, por parte de las entidades de la administración pública.

d) Actividad normativa: La Administración emite continuamente normas jurídicas. Parte de ellas constituyen una expresión de su función de reglamentar las leyes emitidas por el Congreso. Asimismo, emite normas de distinto nivel o rango para establecer sus propios procedimientos y reglas de actuación, así como para establecer obligaciones y derechos de los administrados en el marco de la Constitución y de las leyes.

e) Actividad de sanción: La administración se encuentra facultada para aplicar sanciones a los particulares en el caso de la comisión de infracciones.

En el estado de derecho la función pública no es más que la plasmación de una especial relación de sujeción del administrado con la administración pública, en virtud de la cual los administrados no son ya objetos de poder, sino ciudadanos. (VASCONCELOS ALBURQUEQUE SOUSA, Nuno, (2000), p.89).

En el estado de derecho, la administración pública asume un papel destinado a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía. La administración pública cumple un rol de prestaciones a favor del ciudadano, que a través de la administración puede ver satisfechas sus necesidades básicas.

Es necesario recordar que a partir de los términos del artículo 43 de la Constitución nuestro país reconoce la forma de estado de derecho, social y democrático. A partir de dicha referencia se puede advertir que la función que satisface la administración pública es eminentemente de prestaciones, con lo que la administración pública termina siendo instrumentalizada. Esta afirmación se muestra coherente con los términos del artículo 39 de la Constitución Política, que indica que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

Pues bien, esta instrumentalización de la administración pública no puede ser objetada por el estado de derecho, por el contrario, "el estado de derecho no puede prescindir del funcionamiento ni de la instrumentalización de la Administración en orden a prioridades, me refiero en concreto a los intereses generales". (URQUIZO OLAECHEA, José. (2002) pp.234 y 235).

En ese sentido, no le falta razón a Palomar Olmeda cuando con referencia a Jéze, sostiene que "en todos los países civilizados, la administración pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general". Si la misión de la administración pública es la de satisfacción de necesidades o intereses generales, entonces se produce un quiebre de la idea del Estado gendarme a favor de la idea del estado prestacional. (PALOMAR OLMEDA, Alberto. (2000), p.13).

Si asumimos que la administración pública cumple fundamentalmente objetivos prestacionales, entonces debemos asumir necesariamente que cumple con prestar servicios de naturaleza pública, esto es, servicios públicos. (REYNA ALFARO, Luis y VENTURA SAAVEDRA Karen. Los servicios públicos en el Perú. Una visión preliminar. Ensayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.4).

El concepto de administración pública toma como punto de referencia la concepción prestacional y, por lo tanto, de realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la Administración Pública, pues como dice Buompadre: "el estado nace y se justifica para el servicio de los individuos. Fuera de esta consideración se transforma en un ente distinto, y, desde luego, muy peligroso". (BÜONMPADRE, Jorge (2001), p.38)

Para la Corte, el moderno concepto de administración pública lleva implícito el ejercicio de aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los objetivos estatales trazados en las políticas, planes, programas y tareas a desarrollar, para cuya realización requiere de la utilización de recursos físicos, técnicos, financieros y humanos sobre la base de un soporte normativo que la regule y oriente; por ello se considera que "administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc."; es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública en el Perú, se clasifica en:

- 1) Administración Nacional, que abarca todas las dependencias ministeriales, las instituciones públicas y las empresas estatales.
- 2) Administración Regional, que cubre el área de las regiones y de las circunscripciones departamentales.
- 3) Administración Local, que cubre el área denominada Municipal o comunal.

1.4. LA FUNCIÓN PÚBLICA PERUANA

1.4.1. Generalidades

Todo estado requiere de un gobierno, así como este necesita de funcionarios que asuman y personifiquen el poder del estado; por ello, se considera a la función pública, como la actividad

destinada a realizar y cautelar los intereses de la Nación, actividad que deriva del poder del estado o de sus fines (PATRON FAURA, Pedro y PATRON BEDOYA, Pedro. (2004), pp.153-155).

DELGADILLO señala que la función pública es la actividad que el estado realiza a través de sus órganos y que se manifiesta por conducto de sus titulares. La función pública del Estado, en nuestro país, es ejercida por la Administración Pública o por entes privados para asegurar el cumplimiento de sus fines.

Gustavo Bacacorzo la define como el conjunto de actividades que se realizan para el cumplimiento de las funciones del estado y las Políticas del Gobierno, para lo cual se cuenta con la investidura correspondiente, y que implica deberes y derechos que ejercen los funcionarios y servidores públicos. (PATRON FAURA, Pedro/ PATRON BEDOYA, Pedro. Op. Cit. Pág. 153-155).

Actualmente "se viene aceptando por función pública la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista base de la teoría de Montesquieu sobre lateleológico, finalista. Esto es: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, al modo que expusiera ZANOBINI, de que "el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones", que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa (MANUEL COBO 'DEL ROSAL (1962), p. 230)

Otros definen a la Función Pública como un conjunto de actividades que se realizan o ejercen para el cumplimiento de los fines del Estado las mismas que son efectuadas por personas físicas, para lo que se cuenta con la investidura correspondiente y que implica derechos, deberes y obligaciones, fines del Estado, las mismas que son efectuadas o también como el conjunto de actividades que se realizan para el cumplimiento de las funciones del Estado y las políticas del

Gobierno, para lo cual se cuenta con la investidura correspondiente, y que implica deberes y derechos y se ejerce por los funcionarios y servidores públicos.

Los entendidos afirman que el moderno concepto de Estado Social de Derecho apareja un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos. Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios.

Las formas de organización actuales no son en manera alguna aquellas propias del llamado Estado gendarme, sino que corresponden más bien al concepto de Estado social servidor, e implican un movimiento tendiente hacia la descentralización administrativa y hacia nuevas formas de delegación y desconcentración en la administración centralizada. La eficacia de la función administrativa se logra entonces mediante el mecanismo de la desconcentración, entre otros que permiten una distribución racional de funciones.

1.4.2. La Función Pública en la Constitución y Legislación Nacional

Según la Constitución Política del Perú de 1993, el Estado y el Gobierno de la Nación, se organiza según el principio de la separación de poderes, tomando como "División de Poderes".

Existe la crítica entre algunos constitucionalistas, que en el Capítulo IV, al referirse a La Función Pública, la actual Constitución, así el artículo 139 señala que: *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes de acuerdo a ley"*. Sostienen que los Arts. 39°, 40°, 41° Y 42°, no tratan de la Función Pública, sino más bien se refieren a los

funcionarios y trabajadores públicos, a la carrera administrativa y a derechos de los servidores públicos. La Función Pública es una institución jurídica constitucional distinta al instituto referido a los funcionarios y a los servidores públicos en general, pues la función corresponde al órgano, las mismas que son cumplidas por funcionarios y/o servidores públicos en general, como veremos más adelante.

Si bien la Función Pública, es la actividad que realiza el Estado a través de sus diferentes órganos, cabe enfatizar que esta función estadual implica actos soberanos de poder relacionados a función política, función legislativa, función jurisdiccional, función administrativa y funciones especiales, tendientes a la realización de sus propios fines.

Los funcionarios y servidores públicos, que refieren los artículos antes mencionados, son los agentes al servicio del Estado, unos cuyo título emana de elección popular, son los funcionarios gobernantes, es decir ipso jure, que puede ser de primer grado, cuando la elección es directa, Presidente de la República, Congresistas, Presidentes de Gobiernos Regionales, Alcaldes y Concejales; de segundo grado, como es el caso de los Vocales Supremos o Ministros de Estado y titulares de los Órganos Constitucionales que son designados y de tercer grado, cuando el ingreso es por concurso público y/o por contrato, infiriéndose del texto de dichos dispositivos, no solamente discriminaciones entre los funcionarios y trabajadores públicos que prestan servicios en los diferentes órganos del Estado, sino confusiones normativas, como consecuencia de los errores conceptuales acotados y del propio texto constitucional.

El ingreso a la Carrera Administrativa que refiere el Artículo 40 de la constitución que prescribe que: “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno o más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las

empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos”.

Otros como PATRON FAURA, señalan en opinión contraria que "De la misma manera que en la Constitución de 1979, es un rotundo acierto que la Carta Vigente dedique un Capítulo especial el IV del Título I a la Función Pública., cuya denominación es pertinente, porque sus disposiciones cubren todos los servidores tanto civiles como militares."(PATRON: 2001:p.166-167)

Dicha opinión es concordante con la definición que el citado autor sostiene de Administración Pública "... una organización social, encargada de atender estas demandas y ejecutar estos objetivos en forma eficaz y eficiente. De este modo, el ejercicio de la Función Pública sólo podrá concebirse como la práctica concreta en la cual deben intervenir el Gobierno, los trabajadores públicos (servidores y funcionarios) y el resto de la Colectividad Nacional."

El Artículo 2 de la Ley N° 27815, del Código de Ética de la Función Pública, define la Función Pública como Órgano Individuo.

A los efectos del presente Código, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública,).

La concepción de la Función Pública en nuestro país, ha estado configurada en razón del rol intermediador del Estado tradicional, donde según ese criterio los Gobiernos debían encarnar, cautelar y ser cautivos de los intereses de los grupos dominantes.

El orden y la estabilidad necesaria para garantizar la vigencia hegemónica del poder, solo podía conseguirse si las acciones del estado, pocas veces dirigidas a la satisfacción de las necesidades nacionales, estaban encauzadas dentro de un aparato administrativo que mantuviera su propia inercia, manejable y condicionado a dichos intereses.

1.5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conceptualmente, el "*contrato de trabajo*" constituye un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas entre los contratantes -trabajador y empleador-; siendo la principal, del primero, la puesta a disposición de su fuerza de trabajo a favor del segundo, encontrando su correspondencia en el pago de una contraprestación económica o remuneración; quedando el trabajador, consecuentemente, sujeto a la dirección técnica, disciplinaria y fijación de la jornada que le imponga su empleador, en el marco de una típica relación subordinada.

1.5.1. Antecedentes Históricos de las Contrataciones Estatales

Desde muy temprano, el estado recurrió también a particulares que ejecutaran los contratos públicos (en origen, circunstancias a la realización de obras públicas) en Roma se hablaba de *licitatio*, y ella se identificaba con la subasta pública, de manera que era esencial para la adjudicación de las obras y, como regla general, aquellas debían ser adjudicadas a la persona que ofreciera ejecutarla por menor cantidad económica.

También desde el punto de vista etimológico he de buscar el origen en el latín, pues la palabra subasta procede de *sub* y *asta*: *bajo la lanza*, expresión que se correspondía con la costumbre de situar la lanza como señal en el lugar donde los romanos realizaban las subastas o ventas públicas.

Hasta la creación de provincias, y con ellas el cargo de pretor, o gobernador, había tres tipos básicos de tramitación administrativa para la autorización de una actividad en obras públicas, ya fuese de construcción, planificación o normativa que se pueden resumir en el siguiente esquema (DE LA PEÑA OLIVAS, José Manuel (2006), pág. 34.)

- Censor - Cuestor - Senado - Censor
- Senado - Censor
- Cónsul - Senado - Censor

En el primer caso, el Censor, o los censores, planificaban para su mandato una serie de obras públicas en su programa electoral, o en el transcurso de su mandato, que solicitaban directa, o a través de los cuestores, la aprobación presupuestaria al Senado.

Aunque en periodos de guerra, como la segunda guerra púnica, podían estar las del erario público tan mermadas que las actuaciones en obras públicas eran nulas, con el perjuicio de todo el sector que vivía de ellas. La siguiente cita de Tito Livio (XXIV, 18,1 ss) es más que elocuente de esta afirmación, y en la que se muestra las propuestas del sector de contratación de las obras públicas para salir del bache de la guerra:

" ...fas censores como no tenían que ocuparse le fa contratación de obras públicas porque las arcas le! estado estaban vacías [214 a.C)... como la falta de recursos públicos impedían que los censores sacaran a subasta fa contratación de conservación de edificios religiosos, e suministro de caballos curules, y cosas por el estilo, acudieron a verles muchas personas acostumbradas a este tipo de subasta, animado a que tomasen todas las medidas e hiciesen las adjudicaciones como sí hubiera fondos en el erario, pues nadie iba a exigirles el pago hasta que finalizara la guerra ... "

Otra cita que ilustra la actividad de contratación pública en el periodo republicano romano se puede leer en Tito Livio (XLI, 27,5), donde además se dictaban disposiciones sobre la normativa técnica a aplicar en las obras públicas del estado (Peña, 2005):

“... Los censores adjudicaron por primera vez [año 174 a.C.] el empedrado de las calles de la ciudad y colocación de una capa de grava y la construcción de arcones en las vías fuera de la ciudad, así como la construcción de puentes en muchos sitios... también se ocuparon de que se adquiriese la subida al Capitolio..., empedraron el mercado..., adjudicaron también ellos la construcción de murallas, y también una acometida de aguas en Potencia, y el empedrado de una calle en Piasuro ... el alcantarillado y la muralla ...”.

En el segundo de los casos, la iniciativa corrían a cargo del Senado que instaba al censor, o a los censores, a una determinada construcción y, entonces éstos comenzaban el proceso de contratación, porque el presupuesto venía acompañado y aprobado por el decreto del senado. Este tipo de adjudicación se halla en la cita de Tito Livio (XXXVI, 36,4) que indica: *“...La construcción del templo, en virtud de un decreto del Senado, había sido adjudicada por los censores Marco Livia y Marco Claudio...”.*

El tercero de los casos también era corriente, aunque las obras pedidas por los cónsules eran normalmente puntuales, corriendo a cargo del censor la política de obras públicas.

Por lo general, los censores proponían, hasta la reforma de Augusto, la construcción de una serie de obras pública; en palabras actuales, se solicitaba la retención de crédito a los cuestores y la aprobación por parte del Senado para la realización de una obra. Una vez hecha la aprobación, los censores procedían a la contratación con un precio inicial de licitación, normalmente mediante el procedimiento de subasta "ultrotributa", dando la adjudicación al mejor postor. En casos excepcionales, el sistema de adjudicación no era subasta sino concurso, cuando lo que primaba eran las condiciones

técnicas. Si existía alguna anomalía en la subasta, el Senado podía anularla, ordenando volver a repetirla. Una vez adjudicada, parece que los responsables' de la ejecución de la obra eran los duunviros, que en cuestión de obras públicas, era lo que sería en la actualidad un director de obra, o el responsable de la administración de ejecutar, hacer la recepción e inaugurar la obra (DE PEÑA OLIVAS, José Manuel (2006), pág. 34).

Con posterioridad en la doctrina española podemos encontrar algunas alusiones a la ejecución de obras públicas, pero sin especial incidencia en la forma de encomendar las mismas; en las Partidas de Alfonso X existen algunas referencias al mandato de ejecutar puentes y caminos, pero sin detallar la forma de encargar esas tareas. Y más avanzado el tiempo, bajo el reinado de Carlos III, podemos constatar en la real Orden de 8 de febrero de 1781 como las obras de puertos eran financiadas con medios de los Propios y Arbitrios de los pueblos, aplicando el régimen de subasta.

Fue durante el siglo XIX cuando se fraguó la exigencia de seleccionar a los contratistas mediante unos determinados procedimientos administrativos. La doctrina de la época destacaba, la importancia del requisito formal en la contratación administrativa; partiendo como se partía de la teoría de los contratos privados, es fácil comprender que la forma fuese también un elemento esencial en la incipiente teoría de los contratos administrativos. Delgado y De Arriaga exponen que la importancia de la forma en los contratos administrativos es aún mayor que en los privados, y para ello "la razón es obvia, pues no hay que olvidar que el conjunto de requisitos que la legislación administrativa exige, tanto en la preparación como en la celebración de los contratos de esta clase, se basa en la necesidad de asegurar y de garantizar los intereses colectivos puestos al cuidado de la administración, y por tanto, que dichos requisitos son límites impuestos a su actividad que no puede tranquear (DELGADO Y DE ARRIAGA:

Contratos Administrativos, citado por JOSE M,IGUEL CARBONERO GALLARDO (2010). Tesis Doctoral).

Durante el siglo XIX podemos observar una continua preocupación por establecer reglas para la contratación administrativa que impidan la corrupción y limpien la imagen y el prestigio de la Administración en una materia tan espinosa.

1.5.2. Origen Próximo del Contrato Administrativo

La teoría del contrato administrativo nace en Francia con la famosa decisión *Terrier*, la cual fue dictada por el Consejo Federal Francés el 6 de febrero de 1903, donde se acogió la opinión de un abogado del Estado llamado Romieu quien señaló que todo lo relacionado con la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, nacionales o locales eran de naturaleza administrativa, por lo tanto, le correspondía el conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa (LEON GARCÍA Dorelis. El Contrato Administrativo en Venezuela)

Esta famosa decisión resolvió la controversia presentada a raíz de un contrato verbal celebrado entre la Administración Francesa con todo aquel que contribuyera a la caza de serpientes, sería recompensado con una cantidad de dinero por cada serpiente eliminada.

- El señor Terrier solicitó su remuneración por las serpientes que había presentado y la Administración le negó el pago alegando razones presupuestarias. En tal sentido, el Consejo Federal consideró que este asunto era de su competencia ya que estaba relacionado con la ejecución de un servicio público. Así se estableció la noción de servicio público para distinguir a los contratos administrativos de los contratos civiles.

Esta noción de servicio público para distinguir los contratos administrativos fue abandonada por el Consejo Federal Francés en decisión de fecha 31 de julio de 1912 por la noción de las cláusulas exorbitantes", la cual fue abandonada nuevamente por el mismo Consejo Federal en la decisión Epoux Bertin de fecha 20 de abril de 1956, retomando el criterio de servicio público como elemento característico de los contratos administrativos.

Así, la doctrina mayoritaria francesa se inclina en la existencia de contratos administrativos bien sea cuando el contrato tenga por objeto la ejecución de un servicio público o cuando posea cláusulas exorbitantes del derecho común que no son más que prerrogativas a favor de la Administración que de estar insertas en un contrato de derecho común serían nulas. Sin embargo, según el profesor Badell, en la actualidad prevalece el criterio de servicio público sobre la noción de las cláusulas exorbitantes.

1.5.3. Noción de Contrato Administrativo

El campo de la contratación pública presenta tal serie de matices que torna prácticamente imposible elaborar una teoría unitaria que abarque con principios comunes a todo el universo contractual regido por el derecho público, tanto en el ámbito interno como el internacional.

El fenómeno de la contratación pública fue descrito, en la etapa de mayor auge de la tesis "ius administrativa" del contrato, como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada sin reparar muchas veces en la circunstancia de que lo público y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias (FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge "El surgimiento del contrato administrativo").

La teoría del contrato administrativo está inspirada en el Derecho francés, sin embargo, no existe un criterio uniforme en cuanto a su definición, ya que como veremos más adelante ha tenido criterios contradictorios tanto doctrinarios como jurisprudenciales. Así encontramos que la

Administración Pública sostiene la tesis que existen dos tipos de contratos, de acuerdo al criterio amplio, existen los celebrados para satisfacer el interés general -contratos administrativos y los que sólo van dirigidos a los sujetos del contrato – contrato privado, o el criterio restringido que establecen que nos encontraremos con un contrato administrativo cuando su finalidad esté dirigido a satisfacer un servicio público y con un contrato privado cuando no persiga dicha finalidad.

Ahora bien, se llegó a considerar que existía contrato administrativo cuando estaban presente cláusulas exorbitantes, pero fue luego abandonada ya que las cláusulas exorbitantes pueden no estar escritas en el contrato y la Administración puede invocarlas y ejecutarlas, por lo que dichas cláusulas son una consecuencia natural del objeto del contrato que responden a los poderes propios de la Administración como gestora del interés general. Las cláusulas exorbitantes no son pues verdaderas cláusulas contractuales (GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 682).

El contrato administrativo no es sino uno de los instrumentos jurídicos de los que dispone la administración para obtener prestaciones que le resultan inaccesibles utilizando sus propios recursos humanos. Ya había escrito COLMEIRO en 1865 que "celebrar contratos y remates con un tercero para que ejecute estos servicios públicos es un medio indirecto de administrar (COLMEIRO, M. (1865) Derecho Administrativo español, Tercera edición, Madrid, pág. 445.).

Pues bien, desde muy antiguo, el estado ha debido optar entre acometer con medios propios o recurrir a los particulares para acceder a aquellas obras, servicios o suministros que precisa para el logro de sus fines últimos.

En el siglo XIX se decía que si por regla general la causa de los contratos es la utilidad, en los contratos administrativos la causa es la necesidad, pues "si el estado está llamado a satisfacer

necesidades de la vida pública y tiene regulada su vida en el orden económico por las leyes que se fundan en el cálculo o probabilidad de esas mismas necesidades, allí donde la necesidad no está previamente determinada o por excepción no se revela por circunstancias extraordinarias, imprevistas y urgentes, la administración no debe determinarse a contratar pues falta en rigor la causa o razón del contrato (DELGADO Y MARTÍN, E y DE ARRIAGA Y DEL ARCOI, F. (1899), pág. 42.).

La aparición del Contrato administrativo estuvo muy distante de ser pacífica. La voz de numerosos e importantes juristas se alzó para impugnar su existencia y desvirtuar los argumentos de quienes lo postulaban como una categoría contractual especial, diferente a la del contrato regulado por el derecho privado. En la actualidad el contrato administrativo ha logrado su aceptación tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina. Cabe determinar si en esencia el llamado contrato administrativo se configura como un negocio contractual o si, como afirma Atto Mayer, es un contrato administrativo unilateral, o bien el resultado de yuxtaponer dos actos unilaterales, como sugiere una parte de la doctrina italiana: y de acreditarse su calidad contractual, determinar si el contrato administrativo es distinto al de derecho privado o es solo una de sus variedades.

1.5.4. Evolución de la Doctrina de los Contratos de la Administración

En las marchas y contramarchas de la contratación estatal y su régimen jurídico no son solo propias de nuestro país; ellas también aparecen, de distinta manera, en cada estado. Es así como existen distintas orientaciones en el mundo y en la evolución histórica el derecho de cada país, acerca de su definición y de la existencia misma de los contratos administrativos (TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; La cuestión de la autonomía del Contrato Administrativo.).

a) La negación de la categoría de los contratos administrativos

En una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración con sujetos privados de derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los privados.

No se puede hablar del contrato administrativo, ya que las cosas que se encuentran fuera del comercio no pueden ser objeto de contrato. Además, el particular en el contrato administrativo se encuentra en "una posición de subordinación respecto de la administración. El estado actúa unilateralmente (Teoría del Acto Unilateral o Teoría del Acto Coadyuvante) - Teoría tradicional, sostenida entre otros por Duguit.

b) La negación del contrato civil de la administración

Los autores norteamericanos se refieren a los contratos "del gobierno" dando por sentado que, dentro de una miríada de normas, jurisprudencia y costumbres especiales, de todos modos existe una única categoría genérica de contratos de la administración. Si bien existen abundantes referencias a la contratación privada en el sector público estatal (RIVERO ORTEGA RICARDO, 1998. Administraciones Públicas y derecho privado, Madrid, Marcial Pons), básicamente no hay un contrato puramente privado de la administración, pero sí distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público. (Introducción al derecho administrativo, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ra edición, pág. 48-49).

c) La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos

En una segunda forma tradicional de ver la cuestión se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Es claro que la distinción está emparentada con otras: acto civil y acto administrativo, dominio privado y público, etc., como ya lo explicamos. Una primera diferencia con el criterio anterior es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado.

El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate.

En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.

d) Los tres supuestos clásicos del contrato administrativo

Según este criterio descriptivo un contrato de la administración puede ser "administrativo" por una cualquiera de las siguientes razones:

- **Determinación de la Ley**

El primer caso -tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada- es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

- **Voluntad de las partes**

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de "cláusulas exorbitantes" al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.

- **Interés público de los usuarios afectados**

En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado, el segundo como

tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.

e) Teoría de la doble personalidad del estado

Esta teoría parte de considerar que el Estado tiene dos personalidades, una Personalidad Pública en virtud de la cual es Poder y una Personalidad Privada en virtud de la cual no es Poder. Según dicha teoría, cuando el Estado ejerce su personalidad pública celebra contratos denominados Contratos Administrativos, caracterizados porque en ellos el Estado siempre tiene prerrogativas especiales a su favor, como las de poder resolver o modificar unilateralmente el contrato, sin responsabilidad por ello para el estado y sin que la otra parte pueda oponerse a ello exigiendo el cumplimiento de lo pactado. Y - continúa esta teoría - cuando el Estado ejerce su personalidad privada celebra contratos que se denominan Contratos Privados del Estado, caracterizados porque en ellos nunca el Estado tiene prerrogativas especiales a su favor, de modo que si no hubiera acuerdo de voluntades para resolver o modificar el contrato, el Estado está absolutamente obligado como cualquier otro particular al cumplimiento del contrato.

Esta primera teoría, sin embargo, presenta dos aspectos críticos.

El primero de ellos - de carácter conceptual - consiste en su dificultad para explicar en qué circunstancia el Estado no es Poder, de modo que se le pueda atribuir existencia privada, es decir, personalidad privada. Y el segundo es de orden práctico, manifestado en la dificultad para calificar un contrato cuando éste, por ejemplo, surge como contrato privado del Estado, modificándose luego a contrato administrativo y luego, conservando parcialmente cláusulas propias de un contrato administrativo y otras de contrato privado del Estado.

f) Teoría de la personalidad única del estado

Esta teoría parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad y que ésta es siempre pública, pues, siendo el origen del Poder el conjunto de cuotas de libertad renunciadas por los miembros que se integran a la Sociedad, dicho Poder es uno solo, el mismo que una vez organizado da origen al Estado y, al cual, al asignársele existencia es también uno solo; vale decir, tiene una sola personalidad siempre pública, pues, el Estado siempre es Poder (SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. El concepto y los factores de los contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú).

Conforme a esta segunda teoría, el Estado decide a nivel normativo los principios y normas a que somete los vínculos contractuales en los que es parte la Administración Pública. En tal sentido, para determinados contratos prevé que la Administración Pública tiene prerrogativas especiales a su favor (como la resolución o modificación unilateral del contrato, sin responsabilidad), para otros dispone que la Administración Pública no tendrá prerrogativa alguna a su favor, y, para otros casos establecerá una fórmula mixta conforme a la cual la Administración Pública tendrá prerrogativas especiales a su favor en determinados supuestos o por tiempo determinado o determinable u otra fórmula sobre este aspecto.

En consecuencia, sobre la base de la segunda teoría, la denominación que corresponde 'es la contrato de' La Administración Pública, por cuanto el elemento determinante para distinguir a este tipo de contratos no es de que la entidad administrativa que contrata tenga prerrogativas especiales a su favor (pues puede tenerlas, no tenerla o condicionar tal posibilidad), sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública que, como es lógico, actúa ejerciendo función administrativa.

1.5.5. Definición de Contrato Administrativo

Cabe señalar, antes de desarrollar este punto que no existe armonía legislativa ni doctrinaria, sobre el nombre por el cual se hace referencia a las contrataciones administrativas, ya que recibe diversas denominaciones sinonímicas: contratos administrativos, contratos del estado, contratos públicos, acuerdos administrativos, etc.

La palabra contrato, proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *thaho*, traducibles como venir de uno, ligarse, lo que después se entiende como acuerdo de voluntades.

La figura del contrato administrativo tiene sus antecedentes y origen en el contrato civil. Pese a su origen, el contrato administrativo se presenta como un instituto jurídico distinto, sometido a un régimen de Derecho Público tanto en los aspectos formales como sustanciales.

El contrato administrativo es una de las fórmulas que posee la administración pública para el cumplimiento de los fines públicos, fórmula que se fundamenta en la colaboración voluntaria de un particular en la consecución de estos fines o intereses públicos. La gravitación de intereses públicos en torno al contrato administrativo es el fundamento de las principales diferencias del contrato administrativo en relación con la contratación común (OSINERG, (2008) Libro de Derecho Administrativo, Temario III, 2008).

El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración Pública cuando actúa como tal, y en el que está sometido a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

El concepto de contrato público, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado (o una de sus Administraciones) una de las partes del

mismo, tiene características propias. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

El español profesor Mariano Gómez González, define el contrato administrativo como: "Son administrativos, todos aquellos contratos en que interviene la Administración, legalmente representada, y tienen por objeto la ejecución de una obra o servicio público, ya sea en interés general del Estado, de la Provincia o del Municipio".

Para Bielsa la convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público es un contrato de derecho público, de lo que resulta que "el contrato administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o Jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública".

El renombrado profesor francés León Duguit, fundador de la llamada escuela del servicio público, afirma: "No hay diferencia en cuanto al fondo, entre un contrato civil y otro administrativo, lo que da un contrato el carácter administrativo y fundamenta la competencia de los tribunales administrativos, es la finalidad del servicio público en vista de la cual se celebra".

Según Forsthoff, contrato de derecho público "son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes".

Cassagne expresa que es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros".

Y Escola define los contratos administrativos como los que son "celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta".

Para el profesor argentino Manuel María Díez, el contrato administrativo "es una declaración de voluntad común de un órgano de la administración pública que actúa por el procedimiento de gestión pública y de un particular, destinada a regular relaciones jurídicas patrimoniales".

Felipe Rodríguez, señala que, los contratos administrativos son el instrumento técnico frecuente utilizado para la ejecución de prestaciones de contenido patrimonial o económico, que cumple una función socioeconómica. Además aporta, diciendo que es una de las TECNICAS DE COLABORACION de los ADMINISTRADOS con la ADMINISTRACION en materia de: Suministros Públicos, obras públicas, servicios públicos, concesión de obras o servicios públicos.

Como dice Linares, "Si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista *orgánico*, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica" (LINARES, Juan Francisco (1976), pág. 202)

El contrato es una construcción demasiado específica y con sus complejidades propias como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los contratos civiles. Queda

con ello dicho que los contratos administrativos se rigen por sus normas y principios especiales y que sólo subsidiariamente, o analógicamente, se recurrirá a las normas y principios del Código Civil y no por ello se debe postular que los contratos administrativos dejen de serlo o corresponda abandonar la noción de contrato (VEGA, Susana Elena, “Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa”, en Gordillo, el Contrato Administrativo, pág.153).

Cualquiera de las definiciones y clasificaciones que se elija tendrá siempre sus virtudes y sus defectos, pues nunca se encontrará una perfecta. En tal sentido, los autores que intentan la asimilación terminológica se ven obligados a pesar de todo a elegir una fórmula, demostrando a mi juicio la incomodidad semántica y teórica de tal elección.

1.5.6. Contrato Administrativo en Constitución Política de 1993

La Constitución Política contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas básicas de la contratación en el Perú. Tales los casos de los artículos 2°, inciso 14 (Derecho de la Persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público); 62° (sobre libertad contractual y contratos-ley); 63° (sobre igualdad jurídica de la inversión); y 76° (sobre adquisiciones y contrataciones del Estado).

La lectura integral de los artículos lleva a concluir que el Constituyente optó por un régimen con tres tipos de normas en materia contractual, unas aplicables a todo tipo de contratos, otras aplicables a contratos entre particulares y otras aplicables a los Contratos de la Administración Pública.

El artículo 76° de la Constitución prescribe en forma expresa que el Estado debe licitar toda obra o adquisición de suministros, así como someter a concurso público la contratación de servicios y proyectos, según la cuantía que establezca la Ley de Presupuesto; señalando: “Las

obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrato y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.”

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

De esa manera, la Constitución obliga al Estado a seleccionar de manera imparcial y con criterios objetivos con quién va a contratar. Se puede decir que sobre la base de estas pautas 'se desarrolla todo el régimen de contratación del Estado.

Mediante el contrato, las Entidades del Estado deben establecer: relaciones de colaboración e intercambio con los particulares para obtener los bienes, obras y servicios que requieren para cumplir sus funciones; por ejemplo: son contratos del Estado, los contratos de suministro de medicinas en los que el suministran es un particular y el suministrado es el Hospital Militar (que es una Entidad del Estado). Así mismo, es un contrato del Estado el Contrato que celebra la Municipalidad Distrital de Yanacancha con un particular para que éste construya un puente.

El TC respecto de las contrataciones del estado señala en la sentencia del EXP. N.º 020-2003-AlfTC- LIMA lo siguiente:

"11. La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.

12. *La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos* (Exp. 020-2003AI/TC-LIMA. El Peruano, 16 de enero del 2002)

Por lo tanto, en el caso peruano - y tal como sucede en prácticamente todos los países del mundo - nuestra tendencia constitucional se ha inclinado por mantener la distinción entre Contratación Privada y Contratación de la Administración Pública. Tal distinción de regímenes no puede ser obviado al legislar sobre la materia.

1.5.7. Evolución de la Legislación sobre Contratación Pública en el Perú

Antes de iniciar el estudio de la figura del contrato público en el derecho peruano, es preciso hacer una breve exposición de la evolución de la legislación vigente, que nos permita situarnos en el momento actual, y quizá entender algunas de sus particularidades. Así, el punto de quiebre en nuestra legislación fue la promulgación y entrada en vigor de la ley 26850, por la cual se unifico el régimen de los contratos de obras, de suministro y de servicios, que hasta entonces habían estado regulados en un modo disperso, en el reglamento único de Licitaciones y Contratos de obra Pública; que fue fuera aprobado inicialmente por el O.S 034-80-VC y al que le fue dado posteriormente rango de ley) y en el reglamento único de Adquisiciones (OS 065-85-PCM). Quizá influenciada por su origen, la Ley 26850 llevaba por título Ley de «adquisiciones» y de "contrataciones" del Estado, cuando en realidad las primeras son una clase de las segundas, ya que también son contratos. Esta norma también creó el Consejo Superior de Contrataciones y

Adquisiciones del Estado CONSUCODE, como organismo rector y supervisor de la contratación pública en el Perú. Esta norma fue reglamentada en febrero del 2001, mediante el O.S. 013-2001-PCM.

Tanto la Ley 26850 como su Reglamento fueron durante su vigencia objeto de múltiples modificaciones, que llevaron a la aprobación sucesivos Textos Únicos Ordenados. Es el caso del OS. 012- 2001-PCM, que aprobó el primer TUO de la Ley, que fue sustituido años más tarde por el OS 083-2004-PCM, que fue publicado el 29 de noviembre de 2004. El mismo día se aprobó el DS.084-2004-PCM, con el TUO del Reglamento de la ley. Sin embargo los cambios normativos continuaron, y entre ellos destacan los introducidos por la ley 28911, que, como explicaremos más adelante, alteró completamente el régimen jurídico de los recursos administrativos en materia contractual pública. Finalmente, mediante Decreto Legislativo 1017 se ha aprobado una ley de contrataciones del Estado- (en adelante LCE), cuyo reglamento fue aprobado mediante el D.S. 184-2008-EF (en adelante RLCE), y que ya ha sido objeto de algunas modificaciones de importancia. Entre las novedades de la nueva ley, destaca la sustitución del CONSUCODE, por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Sin embargo a pesar de tratarse de una normativa muy reciente, buena parte de ella ha sido dejada en suspenso, pues en el marco del plan de estímulo económico se han dictado los decretos de Urgencia 041-2009, de 28 de marzo, y 078-2009 de 17 de julio, aplicables a los contratos celebrados durante el bienio 2009-2010. El primero establece un procedimiento simplificado para contratar la ejecución de obras que no sean mayores a S/.10'000,000 (diez millones de nuevos soles), aplicables siempre que se contrate a través de una licitación.

En todo caso, tiene especial interés lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley, según el cual "la presente ley y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos

administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables". Similar regulación se desprende del artículo 29 de la LCE, según el cual "sólo en caso de vacío normativo se aplicarán a las bases los principios y normas de derecho público que les sean aplicables". Es decir, se aplicará antes la LCE que la LPAG y el derecho privado. Sin embargo es preciso hacer una breve aclaración: la LPAG se aplica supletoriamente en lo que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, mientras que el derecho común puede ser supletorio respecto a la regulación de la relación contractual, pero no respecto al nacimiento del contrato.

1.5.8. Caracteres

En todo contrato administrativo existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales éste no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad.

a) Juricidad

Por implicar la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario.

Entiéndase como acto jurídico, todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un futuro dado.

El *contrato administrativo*, es un acto jurídico de cierta especificidad que lo ubica, en el sentido amplio del acto administrativo, como acto realizado por la administración pública en

ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos. El profesor Agustín A. Gordillo aclara: "En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca efectos jurídicos".

El concepto de acto administrativo incluye tanto al acto unilateral, que tiene como consecuencia un acto administrativo, o general como al bilateral, que la mayoría de las veces se identifica como contrato administrativo.

b) Bilateralidad

Es quizás, un poco complicado explicar la bilateralidad en los actos jurídicos administrativos, ya que muchos juristas han hecho hincapié, en que no existe tal bilateralidad, porque dicen que se trata de dos actos unilaterales, uno sería de la administración pública y otro de su contratante.

Sin embargo, es claro, que se puede hablar de la bilateralidad en la mayoría de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

c) Desigualdad de las partes

Al hablar de diferentes categorías contractuales implica el reconocimiento de disimilitudes entre las mismas; mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados, en la doctrina imperante en la actualidad su desigualdad representa un carácter esencial de los contratos administrativos, sin que sea óbice para ello la celebración de contratos entre dos personas de derecho público, porque de ubicarse en un plano de igualdad estarían celebrando un

contrato de derecho privado, toda vez de sujetarse a un régimen exorbitante del derecho privado, una de ellas estaría en situación de privilegio respecto de la otra.

Como ocurre cuando la titularidad del servicio público, obra pública, dominio público o actividad sobre la que versa el contrato, corresponde a ambas personas de derecho público, no se está, en rigor, frente a un contrato administrativo, sino ante un convenio de coordinación, o ante lo que Bercaitz llama "acto complejo o colectivo". "En un contrato administrativo, el titular del servicio público, o de la obra pública, o del dominio público, tendrá siempre una situación de privilegio frente a la otra, impuesto por la necesidad del servicio de que se trate o por la necesidad pública que el contrato efectúe".

El acto complejo, implica la reunión de varias voluntades para satisfacer intereses comunes, en tanto que el acto colectivo se forma con el concurso de varias voluntades con contenido y finalidad distinta, que únicamente se unen en una sola declaración, conservándose jurídicamente autónomas.

Cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.

- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).
- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

d) Restricción de la libertad de las partes

En el contrato administrativo, las administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección de co-contratante hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasado por el procedimiento de contratación.

La parte co-contratante ve restringida también su libertad contractual, al ser marginada en la elaboración y redacción del clausulado del contrato, mismo que es formulado por la administración pública contratante de acuerdo con la normativa jurídica en vigor, por lo que su libertad se ve reducida a su mínima expresión: contrata o no .

Además, el co-contratante carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser *intuitu personae*, independientemente de que sería una forma de evadir la restricción impuesta a la administración pública contratante para elegir al contratista.

e) Interés público prevaleciente

Carácter esencial del contrato administrativo es; sin duda, el predominio del interés público sobre el interés privado, es una guía que orienta el ejercicio de la función administrativa de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones. Según lo explica Héctor Jorge Escola, el interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en la cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo (ESCOLA, Héctor, 1989, El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, pág. 264).

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.

Sin embargo, ello no supone desconocer la ambivalencia a que se presta el hecho de que el estado (que es siempre persona de derecho público) celebra también contratos regulados, en punto a su objetivo, por el derecho privado, ni tampoco que determinados contratos celebrados por particulares pasen a regirse por el derecho administrativo, en forma entremezclada con el derecho civil contractual.

f) Régimen jurídico exorbitante

Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.

Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Son cláusulas expresas las incluidas concretamente en el texto de un contrato.

Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

g) Derechos y obligaciones personales

En principio, los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, intuitu personae, por ejemplo, en materia de contratos de

empleo público es obvia la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo; aunque los hay también intuitu reí.

Celebrado el contrato, la Administración se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, prohibiendo, en principio, la transferencia de los derechos contractuales, salvo autorización o pacto expreso.

h) Formalismo

En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Estas formalidades discurren a través de una serie de actos preparatorios del contrato. En tal sentido la Corte Suprema de Buenos Aires ha señalado que: "en materia de contratos públicos la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, por los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal".

1.5.9. Elementos

En torno a los requisitos y elementos del contrato administrativo, se advierte una gran confusión en la doctrina, ya que, lo que para unos autores pueden ser elementos, para otros esos supuestos elementos son requisitos de validez y viceversa, y esto sucede cuando se confunden tales conceptos con el carácter.

Los elementos en el contrato administrativo vienen a ser la cualidad especial que peculiariza, en este caso, al contrato administrativo; el elemento es cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales, por ser indispensable para su existencia, reciben la denominación de esenciales, así llamadas porque el contrato administrativo no puede existir careciendo de ellas, a diferencia de las demás cuya ausencia no impide su existencia. Requisitos, en cambio, es toda condición indispensable para la validez del contrato.

Robert Joseph Pothier (1699-1772) impuso en la doctrina una división tripartita de los elementos del contrato de derecho privado al agruparlos en esenciales, naturales y accidentales.

Son esenciales, como acabamos de decirlo, los elementos indispensables para que exista el contrato, razón por la cual la voluntad de las partes no puede subsanar su carencia. Se tiene por naturales, aquellos elementos que de ordinario figuran en todo contrato o derivan de la naturaleza particular de un contrato dado, y que la voluntad de los contratantes puede excluir del contrato. Se consideran accidentales, los elementos que no aparecen en el contrato, a menos que convengan incorporarlos las partes contratantes.

"La doctrina no objeta la existencia de elementos esenciales en el contrato administrativo, pero se muestra reticente respecto de los naturales y de los accidentales, y a su clasificación tripartita, ya que dice, que la administración pública debe sujetarse a lo establecido por la ley, por tanto a la competencia a la que está supeditada, lo cual le impide actuar fuera de su perímetro de facultades, por tanto excluye del contrato administrativo los elementos naturales y la inclusión de elementos accidentales".

Insistentemente la doctrina menciona, como elementos esenciales del contrato administrativo, a los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; también, aunque de manera aislada o esporádica, se mencionan además como elementos esenciales del contrato, la forma, la

competencia y la capacidad, la finalidad, el régimen jurídico de la licitación. "En tanto que como elementos no esenciales del contrato administrativo son señalados el plazo de duración, las garantías y las sanciones".

A. Los Sujetos como Elemento Esencial presupuesto del Contrato

Como es de apreciarse, es imposible la existencia de un contrato sin los sujetos, o partes que lo celebren, de ahí que los sujetos constituyan un elemento esencial "presupuesto básico" que es el consentimiento. Además, en los contratos administrativos uno de tales sujetos, habrá de ser la Administración Pública, en ejercicio de una función administrativa, en tanto que el otro sujeto será un particular; o, en el caso del llamado contrato ínter administrativo, otro ente público.

"Por lo que refiere al sujeto de la administración pública, aclaramos que ésta debe entenderse en su sentido amplio, por lo que dicho sujeto podrá ser un Órgano del Ejecutivo, lo mismo que uno del Poder Legislativo, del Judicial o un Órgano Constitucional Autónomo, o bien, una entidad de la administración pública paraestatal, pero siempre en ejercicio de una función administrativa y, dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo".

B. El Requisito del Ejercicio de Función Administrativa

En cuanto a la administración pública, ésta debe cumplir el requisito de actuar en ejercicio de función administrativa en la celebración del contrato, lo cual implica la finalidad de satisfacer directa e indirectamente el interés público, pues de lo contrario, de no actuar en ejercicio de función pública, el contrato será eje de la administración pública, mas no un contrato administrativo, sino de derecho privado.

C. El Requisito de Competencia

Según, el principio de legalidad, como ente de la administración pública, puede celebrar contratos administrativos si, y sólo si, tiene competencia para ello. El hecho de que la administración pública contratante deba ser competente para celebrar el contrato no significa que esa competencia constituya un elemento, o sea, un componente del contrato, sino un requisito de validez del mismo, que debe satisfacer el ente público contratante.

Por tanto, solo será competente para celebrar los contratos administrativos que el orden jurídico vigente autorice.

D. El Requisito de Capacidad

El particular, deberá satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica.

E. Requisitos de estar inscrito en el Registro Respectivo

El Co-contratante debe estar inscrito en el registro o padrón de proveedores o contratistas correspondiente; con ello se pretende preestablecer la idoneidad técnica, moral, económica y financiera de quienes aspiren a ser contratantes de la administración pública.

F. El Requisito de la Manifestación del Consentimiento

El consentimiento, es un elemento esencial básico del contrato administrativo, por tanto se requiere la manifestación, exteriorización de esa voluntad, de lo contrario, el acuerdo de voluntades en torno al fin y objeto del contrato quedará inédito y será ineficaz

G. El Requisito De Forma

"En el contrato administrativo, la voluntad del ente de la administración pública significa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y

obligaciones, en concurrencia con su co-contratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la *forma* señalada en la norma jurídica aplicable. Lo anterior significa que tal *forma* no es un elemento de contrato, sino un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad como a la implementación del contrato".

H. El Objeto Como Elemento Esencial Básico Del Contrato

Se habla de que el objeto, es el elemento esencial y básico de todo contrato, el cuál debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones tratándose de objeto directo; tratándose de objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar; en el hecho que debe hacer o no hacer.

En el contrato administrativo, en contraste con el de derecho privado, la cosa objeto del contrato puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento del Palacio Nacional, sin que ello sea óbice para su celebración.

I. La Causa como Elemento Esencial Presupuesto en el Contrato

Bajo el esquema del contrato administrativo, se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del ente público a la de su co-contratante, cuando este es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia.

La doctrina suele considerar a la causa como un elemento esencial presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, Héctor Jorge Escala afirma: "La existencia del objeto, a su vez, implica la de "una causa" y la de una "finalidad", implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismo sujetos".

J. La Finalidad Como Elemento Esencial Presupuesto

La finalidad del contrato también es mencionada, por algunos autores, como uno de sus elementos esenciales, por cierto implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el porqué de tal objeto. Ya que según Miguel S. Marienhoff, "La finalidad constituye la razón que justifica la emisión del acto. De modo que la finalidad en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente".

1.5.10. Similitudes y Diferencias entre el Contrato Civil y el Contrato Administrativo

Con el propósito de mostrar de modo más preciso las características peculiares del Contrato de la Administración Pública es conveniente realizar una comparación general entre este tipo de contratos y los contratos privados regidos por el Código Civil. La utilidad adicional de esta comparación es que ello permitirá comprender definitivamente que la racionalidad que subyace a la contratación pública es distinta a la de la contratación privada, aún, cuando tengan aspectos en los que se les aplican los mismos principios (SALAZAR CHAVEZ RICARDO, 2009. La Contratación de la Administración Publica en Función a los Intereses involucrados en cada Contrato, Derecho & Sociedad).

Desarrollaré a continuación una comparación tomando en cuenta los aspectos de concepto, perfeccionamiento del contrato, contenido del contrato, reglas y limitaciones al contenido de los contratos, obligatoriedad de las normas de contratación y contratos de estabilidad jurídica,

En cuanto al concepto de Contrato, el artículo 1351 ° del Código Civil establece el concepto de contrato, señalando que es el "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial", Dicho concepto acoge al concepto de contrato privado y subyace también en la noción de Contrato de la Administración Pública, pero - como

se señaló - en este caso el elemento distintivo que le da identidad es que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública. (ARIAS SHEREIBER, MAX. Exegesis del Código Civil, Contratos en General, tomo I, Lima. Pág. 17-22).

Conforme al artículo 1352° del Código Civil, el consentimiento de las partes basta para el perfeccionamiento del contrato; es decir, tanto el procedimiento, como la forma son libres para su celebración, salvo la ley exija algo distinto, bajo expresa sanción de nulidad. En el caso de los Contratos de la Administración Pública, el artículo 76° de la Constitución consagra la naturaleza de orden público de las normas que regulan la contratación administrativa; razón por la cual su incumplimiento acarrea en principio la invalidez de las actuaciones y, en su caso, del contrato celebrado. (ARIAS SHEREIBER, MAX. Pág. 22-37).

En lo referido al contenido del contrato, el artículo 1354° del Código Civil las partes pueden determinarlo libremente, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de los contratos es determinado fundamentalmente por la Administración Pública a través de parámetros dentro de los cuales se formará el contenido del contrato, normalmente ciñéndose a normas especiales y con un mínimo margen de negociación.

Respecto a la limitación del contenido de los contratos, conforme al artículo 1355° del Código Civil, la ley, por consideraciones de orden social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato. En la contratación administrativa es aplicable el mismo criterio.

En cuanto a la obligatoriedad de las normas de contratación, según el artículo 1356° del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos, son supletorios de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas; confirmando con ello la

prioridad otorgada a la libre voluntad de las partes en la contratación privada. En cambio, en los Contratos de la Administración Pública, el principio es el contrario, pues la casi totalidad de las normas contractuales administrativas tienen carácter imperativo y sólo por excepción la voluntad de las partes prevalece respecto de tales normas.

Como puede apreciarse de todo lo señalado en esta breve comparación, entre contratación civil y contratación administrativa se pueden identificar determinados elementos comunes, sin embargo, tienen entre sí trascendentes diferencias que explican su tratamiento diferenciado; hecho éste que confirma el carácter especial del Contrato de la Administración Pública.

En una segunda forma tradicional de ver la cuestión se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Es claro que la distinción está emparentada con otras: acto civil y acto administrativo, dominio privado y público, etc., como ya lo explicamos. Una primera diferencia con el criterio anterior es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate. En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá análogica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.

En los contratos civiles las partes están en pie de igualdad y de libertad absoluta, lo que no ocurre en los contratos administrativos, pues el principio de la autonomía de la voluntad de las partes queda subordinado al interés público, por lo que no existe igualdad jurídica en éste y la desigualdad se traduce en las prerrogativas que tiene la Administración Pública para fijar unilateralmente la naturaleza, modo, términos y condiciones de estos contratos para introducir

variaciones en los mismos durante su ejecución, dentro de ciertos límites para y dirigir y controlar su cumplimiento, así como para valerse de otras cláusulas exorbitantes (SALAZAR CHAVEZ RICARDO, 2009. La Contratación de la Administración Publica en Función a los Intereses involucrados en cada Contrato, Derecho & Sociedad)

1.5.11. Modelos Contractuales

a) Los Contratos Administrativos:

Su objetivo directo es la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros.

b) Los Contratos de Derecho Privado cumplidos por la Administración:

Son aquellos en los que los administrados tienen la facultad de utilizar una prestación mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

1.5.12. Principales Contratos Administrativos

En el Perú, no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado; sin embargo entre los más frecuentes contratos del Estado Peruano son:

- a) Contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras
- b) Concesiones
- c) Contratos-Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica
- d) Contrato de empréstito
- e) Contrato de suministro
- f) Contrato de Consultaría
- g) Contrato de Servicios

h) Convenios interadministrativos

Pero la primera gran división de los contratos públicos es aquella que distingue, entre los contratos de cooperación y los contratos de subordinación. Los primeros se celebran entre entidades públicas en pie de igualdad, para ejercer de modo conjunto sus potestades, respecto de un asunto para el que ambas tienen competencia. Los segundos pueden darse entre dos administraciones públicas, o entre una de estas y un particular, pero lo determinante es que la administración (o una de ellas) aparece en una posición de superioridad jurídica respecto a la otra parte, pues actúa en ejercicio de sus potestades propias.

a) **Contrato de Obra Pública**

Destaca entre los contratos administrativos el de *Obra Pública*, no sólo por ser ésta una de las primeras expresiones de la actividad de la administración pública sino, también, por su cuantía, que suele ser elevada por su frecuente celebración, así como por haber sido uno de los primeros negocios contractuales que merecieron regularse mediante un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, por lo cual suele considerársele el contrato administrativo por excelencia o por antonomasia.

"Este contrato versa sobre la necesidad pública justificada por una razón actual y que la administración dirige la obra por medio de sus técnicos con facultad de impartir órdenes al contratista, aplicar por sí las sanciones previstas, sustituirse provisionalmente al contratista y hasta declarar la rescisión del contrato en caso de incumplimiento". El contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al co-contratante particular. Según el profesor francés André de Laubadère, define el contrato de obra pública como: "Contrato por el cual una persona pública encarga a un empresario la ejecución de una obra pública mediante el pago de un precio".

Se puede decir que el contrato de obra pública es el negocio jurídico bilateral, sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminada a modificar o afectar el estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual.

La LCE (y su reglamento) establece los principios y reglas específicos que deben observar las Entidades del Sector Público para contratar la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras (artículo 1° de la LCE). (Ley de Contrataciones del Estado Nro.- 1017 y su Reglamento, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE. Segunda edición, 2009).

En este sentido la LCE se ocupa de regular (i) las reglas de formación de voluntad del Estado para la determinación del objeto de la contratación hasta la convocatoria del proceso de selección, (ii) el proceso de selección del contratista, (iii) las obligaciones y derechos derivados de la calidad de postor y contratista; y, (iv) el contrato, su celebración y ejecución.

De los puntos mencionados en el párrafo precedente, la LCE regula con mayor detalle los procesos de selección de contratistas, pues permiten que la voluntad contractual del Estado responda íntegramente a los intereses públicos. Dichos procesos garantizan un mínimo de transparencia y objetividad en los contratos que celebra el Estado, y ayudan a disciplinar el gasto público, de ahí el énfasis que pone la LCE en su regulación.

b) Contrato de Concesión

"Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos por un plazo establecido

(PRICE, Linda y Rosa VILLACORTA (2000)” Análisis del Proceso de Concesiones. El caso de Madre de Dios y Ucayali”, Lima, Universidad del Pacífico).

Es una forma de ejecución de la obra pública por el que la administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no le paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado.

Este contrato que transfiere el cometido del Estado a manos privadas desprendiéndose de la responsabilidad directa en la prestación de un servicio, determina las obligaciones a las que está sometido el concesionario, como calidad, inversiones permanentes, modernización tecnológica y todo cuando haga a la prestación de un buen servicio. Asimismo reconoce sus derechos subjetivos contenidos en la normativa vigente como la percepción del precio pactado, suspensión de la ejecución o rescisión del contrato por culpa del Estado y el mantenimiento de la ecuación económica - financiera.

El proceso de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos se canaliza mediante licitaciones públicas especiales y concursos de proyectos integrales, que convoca el Estado para el otorgamiento en concesión por un plazo máximo de 60 años, al amparo del marco legal del texto único ordenado de normas con rango de ley que regulan la entrega en concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y reglamentado por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM (DECRETO SUPREMO 059-PCM. El Peruano, 27 de diciembre de 1996).

Desde la segunda mitad del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por excelencia. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas, fue la época del florecimiento de múltiples tipos de

formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades. Fue la época del marxismo y el desarrollo histórico del Estado de Bienestar, siendo éste el sujeto activo de la economía.

Las primeras empresas de propiedad del Estado fueron en el sector de los servicios públicos: servicio ferroviario (Enafer), servicio portuario (Enapu), servicio aeroportuario (Corpac), producción de acero (Sider Perú), aerolíneas (Aeroperú) y el servicio nacional de telecomunicaciones (Entel Perú). Otras fueron creadas después de 1969, como resultado de la expropiación de otros servicios públicos: la electricidad de Lima (Electrolima) y del resto del país (Electroperú); la telefonía (Compañía Peruana de Teléfonos), resultado de la expropiación de la subsidiaria de la International Telephone & Telegraph Corp. (ITI); Petroperú, de la expropiación de la International Petroleum Company Branch; Petromar de la expropiación de Belco Petroleum Company; Paramonga de la expropiación de la parte industrial propiedad de WR Grate & Corp.; Centromín, de la expropiación de Cerro de Pasto Copper Corporation; y Banco Continental de la expropiación de dicho banco propiedad del Chase Manhattan Bank. A través de tales expropiaciones o filiales de las empresas expropiadas, el Estado se convirtió en el propietario de múltiples negocios, que iban desde supermercados a cines o diversas empresas industriales (MITINCI PARODI, Carlos (2000). Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico (CIUP).

La modernización del Estado y las reformas económicas efectuadas en los últimos años facilitan y promueven la participación de las empresas privadas en la construcción de la infraestructura y la oferta de servicios públicos mediante el sistema de concesiones. Se entiende además, que la inversión privada induce al Estado a trasladar recursos y mejorar su eficiencia en el cumplimiento de funciones sociales tales como la salud, la educación, la seguridad y las infraestructuras.

Este nuevo enfoque económico implica cambiar la concepción de la política del Estado de construir la mayor parte de la infraestructura del país y de ofrecer la mayor cantidad posible de servicios públicos, cuyo balance muestra un considerable retraso respecto a las necesidades del aparato productivo y un menor crecimiento de la competitividad del aparato económico nacional.

La naturaleza jurídica de la concesión, ha sido desarrollada por varias corrientes doctrinales.

Una primera, entendía que en el caso de la concesión, el Estado actuaba como persona privada contratando con los particulares y sometándose a las reglas del Derecho Común, negándose que pueda existir algún elemento legal o reglamentario de Derecho Público.

En contraposición a ella, una segunda concibe a la concesión como un acto exclusivamente de Derecho Público, lo que supone que la concesión implica la subordinación del interés individual al interés general, por lo que se trata de una figura regida únicamente por el Derecho Público.

Finalmente, una tercera ve a la concesión como un acto con dos facetas. Por un lado, un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control, en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa (Tribunal Constitucional. Exp. 2488-2004-AA/TC. Fundamento cuatro).

La naturaleza mixta de la concesión a la que nos hemos referido da lugar a que esta figura permita otorgar a los particulares la gestión de un servicio público que típicamente era realizado de modo directo por la Administración. De este modo, la concesión implica una transferencia

limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio. Ello en atención al interés público que subyace a la noción misma de la concesión y cuya satisfacción constituye el objeto de la misma.

Las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión así como una serie de potestades y derechos entre los que se encuentra la posibilidad de modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada. No obstante, tales potestades se encuentran subordinadas a la noción del interés público. (Tribunal Constitucional. Exp. 2488-2004-AA/TC. Fundamento cinco).

La Concesión de Servicios Públicos es el contrato por el cual el Estado encomienda al "concesionario", una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. El concesionario actúa a su propia cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones o garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.

El otorgamiento de las concesiones puede darse a través de las siguientes modalidades:

- Concesión a título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación en relación con sus beneficios.
- Concesión a título gratuito.
- Concesión cofinanciada por el Estado, mediante el aporte del estado durante la etapa de construcción o en la etapa de explotación.
- Concesión mixta, que combine más de una de las modalidades antes descrita.

El concesionario de infraestructura o bienes públicos queda facultado, por el respectivo contrato de concesión, a realizar el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. El Estado también puede celebrar convenios de estabilidad jurídica con los titulares de una concesión y sus inversionistas; en tales casos, son aplicables los requisitos de inversión y plazos establecidos en el contrato de concesión. (MITINCI PARODI, Carlos (2000). Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico)

El contrato de concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos, constituyendo título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos casos, el concesionario explota los bienes objeto de la concesión, siendo el único responsable frente al Estado.

A pesar que los contratos de concesión gozan de naturaleza administrativa, lo que supone la preeminencia de la voluntad estatal, de acuerdo con la normatividad vigente en la materia, se ofrecen altos grados de garantía y protección para el inversionista.

El régimen de concesiones se otorga a través de dos mecanismos:

- La Licitación Pública Especial que procede cuando el organismo concedente determine previamente la obra a ejecutar y cuente con los estudios y proyectos requeridos.
- El Concurso de Proyectos Integrales procede cuando el organismo concedente no cuenta con los estudios y proyectos requeridos para la ejecución de la obra o la explotación del servicio. En este caso, las propuestas que presenten los postores contendrán las condiciones contractuales, técnicas, económicas y financieras de la obra que se pretende ejecutar o explotar así como el proyecto respectivo.

c) Contratos Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica

Para la doctrina colombiana los Contratos de Estabilidad Jurídica son una de las herramientas con que cuentan los inversionistas nacionales y extranjeros para consolidar inversiones seguras y estables. Los inversionistas deben identificar cuales normas son determinantes para su inversión y se garantiza que si se modifica de forma adversa, la norma que estabilizó será la que le aplique durante la duración del contrato, el cual puede variar entre 3 y 20 años.

Para la doctrina peruana se entiende por Convenio de Estabilidad Jurídica a aquellos instrumentos legales a través los cuales el Estado garantiza a los inversionistas (y a las empresas en que estos participan, según sea el caso), estabilidad del régimen tributario referido al impuesto a la renta vigente al momento de celebrarse el contrato, estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas, estabilidad del derecho de libre remesa, utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos que perciba, estabilidad de derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable que encuentre en el mercado cambiario, estabilidad a la no discriminación (el Estado en cualquiera de sus niveles debe otorgar un tratamiento de igual estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus modalidades), estabilidad en los regímenes de exportación y en el caso de contratos de arrendamiento financiero, estabilidad total del régimen tributario.

c.1) Los Convenios de Estabilidad Jurídica son contratos-ley

Cabe mencionar que, los Convenios de Estabilidad Jurídica por su propia naturaleza pueden ser definidos como contratos leyes, figura jurídica ampliamente reconocida por normatividad nacional.

Sobre el particular, tanto el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, como su norma concordante, artículo 1357 del Código Civil, reconocen la existencia de estas figuras jurídicas.

Los contratos Ley no son otra cosa que acuerdos entre el Estado y las personas, a través del cual se fija una determinada política a seguir para el mediano o largo plazo, estableciéndose en él, garantías y en materia de estabilidad jurídica.

En tal sentido, y conforme lo señalado por el Constitucionalista Enrique Bernales Ballesteros, en su obra "La Constitución de 1993, Análisis Comparado" expresa lo siguiente:

"Los contratos ley no pueden ser modificados legislativamente porque en ellos el 'Estado ha comprometido su voluntad le mantener un tratamiento fijo por el plazo establecido'".

El fin de las mismas radica en incentivar o promover las inversiones en determinados sectores económicos, brindando con ello al inversionista la seguridad de que "las reglas de juego" establecidas en el momento de suscribirse el contrato Ley (o convenio de estabilidad jurídica) no sean modificadas unilateralmente por el Estado a través del cambio de la normatividad.

La Constitución Política del Perú prescribe:

"Artículo 62. (...) Mediante los Contratos Ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

El Código Civil:

ARTÍCULO 1357 - *"Por Ley sustentada en razones de interés social, nacional o pública, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".*

El Tribunal Constitucional Peruano ha definido al Contrato ley como "un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede generar garantías y otorgar

seguridades, otorgándoles a ambas la calidad de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste".

En lo referente a la naturaleza jurídica de este contrato es necesario dilucidar si estamos hablando de contratos privados o públicos. Los primeros son civiles, los segundos administrativos; en este tipo de contratos los intereses en juego son sociales, nacionales o públicos, y en esas menciones podemos comprender tanto a los contratos privados como a los públicos. La tendencia sin embargo, es entender de qué se trata solamente de contratos privados o civiles.

Al respecto, el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, señala que: "Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".

Considero que el contrato ley es un contrato de derecho público y no privado como lo señala el Decreto Legislativo N° 757, porque uno de los elementos subjetivos del contrato necesariamente deberá ser el Estado, quien es el único que puede establecer garantías y seguridades, la otra parte, como se ha señalado, es el inversionista privado.

El Estado al comprometerse a una obligación de no afectar mediante leyes futuras los alcances de los contratos de ley, está realizando un acto de poder y no un acto privado, tanto así que para la realización de estos contratos el Estado requiere una ley "sustentada en interés social,

nacional o público" según lo señalado en el artículo 1357° del Código Civil. De este modo, el Estado consiente limitar su poder y en efecto lo hace mediante estos contratos. De ahí que estas figuras no sean simples contratos privados que nazcan de la voluntad de las partes, y requieran para su formación leyes habilitantes que autorizan la celebración de estos contratos. (GUTIERREZ CAMACHO, WALTER (2004) "El Contrato Ley- Artículo 1357" En Código Civil Comentado. Tomo VII-Contratos en General. Lima. Gaceta Jurídica, pág. 65)

La referencia al interés social nacional o público indicada en el artículo 1357° del Código Civil, debe ser entendida como una recomendación al legislador en el sentido de que cuando dicte leyes, con la finalidad indicada solo se haga sustentándose en la protección de esos intereses. No podría la ley permitir al Estado hacer algo distinto, como por ejemplo, no conceder derechos ni imponer obligaciones que no tuvieran fines de garantía o seguridad.

c.2) Fundamento de los Convenios de estabilidad jurídica o Contratos Ley

La necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando este actúa en uso de sus poderes de *imperium*, es la razón de ser de los Contratos Ley. Se trata de una institución a la que el propio Estado puede recurrir en aquéllos casos donde decida conceder a sus contratantes una mayor predictibilidad y estabilidad en los negocios que lo vinculan, dejando de lado las llamadas cláusulas exorbitantes que si bien pueden responder a una realidad incontrastable del derecho público, crea una gran incertidumbre en los inversionistas respecto de cómo, se desarrollará su relación jurídico patrimonial con el Estado.

Los contratos ley traen consigo dos garantías, la primera de ellas consiste en que estos contratos no pueden ser modificados por ley posterior, refiriéndose con ello a la intangibilidad del clausulado del contrato, al texto contractual. De esta manera, el contrato se vuelve intocable

por acto legislativo del Estado. La segunda garantía consiste en que el contexto legal que sirvió de base para la inversión tampoco podrá ser modificado por el inversionista o que, en todo caso, si las normas se modifican, los cambios no alcanzarán a aquél. Son dos garantías distintas pero estrechamente vinculadas. (GUTIERREZ CAMACHO, WALTER (2004) "El Contrato Ley- Artículo 1357" En Código Civil Comentado. Tomo VII-Contratos en General. Lima. Gaceta Jurídica, pág. 86)

El Tribunal Constitucional confirma esta postura: "no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que componen el contrato ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato ley, como las cláusulas de este último". (Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 005-2003-AI/TC. Publicada 18 octubre 2003).

En otra sentencia, el colegiado señala lo siguiente: "De conformidad con el artículo 62° de la Constitución, el Estado en ejercicio de su potestad tributaria se encuentra impedido de modificar por medio de leyes u otras disposiciones, los términos contractuales que hayan sido suscritas entre las partes." (Decreto Supremo 062-92-EF del 12 de octubre de 1992 noviembre 1997).

c.3) Características de los Convenios de Estabilidad Jurídica:

El artículo 26 del D.S. 162-92-EF cumple con enunciar las principales características que poseen los Convenios de Estabilidad Jurídica, mismas que a continuación pasamos a mencionar: (Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 780-96-AA/TC. Publicada 13 noviembre 1997).

- Tienen fuerza de ley entre las partes, de tal modo que no pueden ser modificados en forma unilateral por causa alguna en tanto se encuentren vigentes;
- Se celebran entre el Estado, representado por el Organismo Nacional Competente y los inversionistas; las empresas de la

inversiones, o los arrendatarios, en el caso de los contratos de arrendamiento financiero. En caso de que dos o más inversionistas realicen inversiones en una misma empresa, podrán celebrar los Convenios de Estabilidad con el Estado en forma individual o conjuntamente;

- Deberán celebrarse antes de la realización de las inversiones y su correspondiente registro ante el Organismo Nacional Competente;
- Tienen un plazo de vigencia de diez años, contados a partir de la fecha de su suscripción, salvo en el caso de los contratos de arrendamiento financiero en que la vigencia del Convenio no podrá exceder del plazo del referido contrato, con un máximo de diez años;
- Pueden ser objeto de renuncia por parte de los inversionistas, empresas o arrendatarios, los que en tal caso se regirán por la legislación común;
- Pueden ser objeto de cesión de posición contractual siempre .que cuenten para el efecto con autorización previa del Nacional Competente, con excepción de aquellos que otorgan estabilidad jurídica a las empresas receptoras de las inversiones; y,
- Las modificaciones que se introduzcan en los mismos de común acuerdo entre las partes no podrán versar sobre su plazo de vigencia, ni podrán reducir las inversiones por debajo de los montos mínimos previstos en la Ley 27342 o en el artículo 18 del D.S. 162- 98-EF según la modalidad de la inversión. En caso de que la modificación implique un aumento en el monto de la inversión original, éste también estará sujeto a la estabilidad jurídica en los mismos términos otorgados a aquella, independientemente de su monto.

d) Contrato de Empréstito

Es un contrato de Derecho Público (contrato administrativo). El empréstito es considerado como un procedimiento del Estado para obtener, dinero y afectar éste a los gastos públicos. Los empréstitos pueden ser internos o externos (IÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth, abogada, especialista en Derecho Público, Laboral y Seguridad Social, Bancario, Financiero y en Ciencias Políticas, analista de Género y Derecho, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATO DE EMPRESTITO PÚBLICO).

El empréstito implica el establecimiento de cargas públicas a veces más graves u onerosas que los impuestos afectados a gestiones administradas dadas, pues se resuelven en aumento de impuestos a generaciones enteras. Es el congreso el que tiene competencia para autorizar un empréstito que compromete el crédito de la nación.

Este es un contrato eminentemente público porque además de contemplar el interés común, pone en juego principios de derecho internacional, sobre todo de cooperación. La cooperación fatalmente, suele no ocurrir por el exceso en que incurren entidades públicas internacionales.

Tal es el caso del Fondo Monetario Internacional que le impone obligaciones a la entidad prestataria o a un Estado, ocasionando hasta ruina social en las poblaciones. Esto no sólo viola el principio de la cooperación que rige por la Carta de Naciones Unidas, sino la propia Carta de Constitución del Fondo Monetario Internacional que le impone no sacrificar la prosperidad de los pueblos; mientras que, en realidad no sólo se sacrifica la prosperidad sino también la supervivencia de sectores de población, a los cuales se daña muy seriamente por las políticas del referido organismo internacional.

e) Contrato de Suministro

El contrato de suministro recibe también la denominación indistinta de contrato de abastecimiento o contrato de provisión. Jeze lo definía diciendo simplemente que "es un contrato administrativo que' tiene por objeto la provisión de cosas muebles". (JEZE, Gastón; Principios Generales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1949, t. II Vol. 1, pag.4).

Más modernamente Escola lo definió diciendo que "el contrato de suministro es aquel contrato administrativo por el cual la administración pública obtiene la provisión de cosas muebles, mediante el pago de una remuneración (ESCOLA, Héctor "Tratado integral de los contratos administrativos".Vol. I, Parte General, pág 167).

Más allá de las definiciones que dan los distintos autores, que varían según van incorporando en el concepto distintos caracteres que hacen a este contrato, el rasgo tipificante es la provisión de cosas muebles conforme lo ha señalado la doctrina en forma unánime.

El objeto del contrato de suministro comprende cosas muebles que pueden ser fungibles o no, consumibles o no consumibles y divisibles o indivisibles.

Se consideran contratos de suministros: El contrato de suministro tradicional caracterizado por la adquisición por la Administración, en forma sucesiva, de productos o bienes muebles, por un precio unitario y sin que se conozca la cuantía o volumen total de los bienes que han de adquirirse (adquisición de alimentos para un hospital, adquisición de papel para una oficina, etc.)

En el ANEXO ÚNICO: ANEXO DE DEFINICIONES del reglamento de la Ley N° 1017 se establece la definición de suministro en el siguiente sentido:

"49. Suministro: "La entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades."

f) Contrato de Consultoría

Se han expresado diversas definiciones relativas al contrato de consultoría (ALEGRÍA, Héctor; Contrato de Consultoría, Revista Latinoamericana de derecho; Año III, núm.5, enero-junio 2006, pág. 17-53).

Farina lo conceptúa así: "Mediante este contrato la consultora (generalmente una organización creada para este fin) se obliga a suministrar a la otra parte (consultante) una información o más precisamente, un dictamen sobre alguna cuestión tecnológica, comercial, financiera, legal o de otro orden que requiera un análisis, evaluación y conclusión fundada en conocimientos científicos y técnicos. (FARINA, Juan M.; Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 648).

Como una muestra de la Legislación extranjera, puede reproducirse el artículo 1 de la Ley de Consultoría de Uruguay, que prescribe:

"Para los efectos de la presente Ley se tiene por consultoría la prestación de servicios profesionales especializados que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar y evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, diseño y operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación."

En la legislación nacional, no se establece una definición genérica para la consultoría, en el reglamento de la ley de Contrataciones del estado solo se limita a establecer el procedimiento para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado la consultoría de obras públicas.

El Artículo 268 del reglamento de la Ley 1017 no establece en específico el tipo de consultorías que se pueden prestar, pero por las especialidades de los consultores puede ser determinada tentativamente:

La (s) especialidad (es) de los consultores se determinará por:

- a) El objeto señalado en la escritura pública de constitución sólo para el caso de las personas jurídicas;
- b) La experiencia previa determinada por el tipo de proyectos y obras en que haya prestado servicios de consultoría de obras, en las siguientes especialidades:
 - b.1) Consultoría en obras urbanas, edificaciones y afines,
 - b.2) Consultoría en obras viales, puertos y afines
 - b.3) Consultoría en obras de saneamiento y afines
 - b.4) Consultoría en obras electromecánicas y afines
 - b.5) Consultoría en obras energéticas y afines
 - b.6) Consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines
 - b.7) Consultaría en obras menores

La doctrina internacional señala que los contratos de consultoría y asistencia tienen como peculiaridad y como elemento diferenciador un carácter intelectual, cuya función consiste en elaborar y estudiar informes, proyectos y dirección, supervisión y control, así como colaborar con la administración en determinadas prestaciones.

g) Contrato de Servicios: Es el caso particular de los llamados servicios no personales.

Conceptualmente, el "*contrato de trabajo*" constituye un contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas entre los contratantes -trabajador y empleador-; siendo la principal, del primero, la puesta a disposición de su fuerza de trabajo a favor del segundo, encontrando su correspondencia en el pago de una contraprestación económica o remuneración; quedando el trabajador, consecuentemente, sujeto a la dirección técnica, disciplinaria y fijación de la jornada que le imponga su empleador, en el marco de una típica relación subordinada.

En los Contratos Administrativos de Servicios se presenta exactamente la misma situación obligacional y relacional que corresponde a los contratos de trabajo. Así tenemos que la prestación de estos servicios, que necesariamente tienen que ser de carácter no autónomo como lo son los laborales, están sujetos al poder y dirección técnica del comitente; a su poder sancionador que lo faculta resolver el CAS por incumplimiento y deficiencias acusadas en el desarrollo de las tareas encomendadas, previo proceso sumario en el cual, al infractor, se le debe garantizar sus derechos a defensa y a una decisión de extinción de su contrato motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, conforme lo dispone el Artículo 13.2 de la Ley del RECAS.

El Decreto Legislativo 1057, es Régimen especial de contratación administrativa de servicios, cuyo objeto es garantizar principios méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la Administración Pública.

En el EXPEDIENTE N° 0002-2010-PITC se emite sentencia conteniendo el PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ *DEL 31 DE AGOSTO DE 2010, el mismo que señala respecto al contrato administrativo lo siguiente:*

"En principio, la contratación administrativa se aparta del régimen general de contratación contenido en la legislación civil, de modo que nos remite a un régimen especial, vinculado a la particular posición que tiene la administración pública en nuestro ordenamiento jurídico; por un lado como ente con prerrogativas previstas en la Constitución y las leyes, y por el otro como parte contratante, asumiendo obligaciones y deberes vinculados a los contratos que aquella suscribe con personas de derecho privado.

A través de los contratos administrativos, la Administración contrata a un tercero para que ejecute obras públicas, preste o administre -en su representación- un servicio público; en otras palabras, se recurre a un particular para que, a cambio de una contraprestación, ejecute o desarrolle una obra o actividad propia de la administración.

Estos contratos tienen ciertas características o particularidades que justifican su consideración como un régimen especial o particular; así, se tiene que, no alteran o modifican la posición de la partes dentro del ordenamiento jurídico (administración o tercero), son de naturaleza contractual (esto es, que es voluntario, y que regula obligatoriamente los derechos y obligaciones de las partes, aunque la administración no pierde sus prerrogativas), e incluso el cuestionamiento de .estos contratos en sede judicial ya no es de competencia de la jurisdicción civil (entendida como ordinaria), sino de la contenciosa administrativa.

Ello demuestra la importancia y magnitud que ha ido tomando la actividad contractual de la administración pública, sobre todo cuando aquella se caracteriza por la contratación de bienes, servicios y obras, según corresponda y de acuerdo a las necesidades de la entidad contratante.

La referencia a la contratación de "servicios", podría llevar .a considerar *a priori* que la norma impugnada, en tanto pretende regular la contratación de servicios administrativos, regula un mecanismo de contratación administrativa; sin embargo, la respuesta no puede darse tan a la ligera y sin tomar en cuenta el contenido del contrato de servicios así como el marco jurídico que le sirve de sustento.

Al respecto, en el Decreto Legislativo N° 1057 se encuentran disposiciones que hacen dudar de que nos encontremos frente a un contrato administrativo, más allá de la denominación que se le haya pretendido dar.

El Tribunal Constitucional concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también

que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que -más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios-, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo 1057 son de naturaleza laboral. En todo caso, lo que corresponde determinar, ahora, es si estos contratos están vinculados a un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo.

Aunque, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Decreto Legislativo 1057 es constitucional no compartimos dicha idea porque consideramos que sí se viola el derecho al Trabajo que la misma Constitución garantiza.

1.6. GLOSARIO

ACCIÓN: La acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer.

La acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar este. En cuanto derecho, consta en las leyes sustantivas (Códigos Civiles, de comercio, penales y demás leyes, reglamentos, etc.” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, 2007, p. 27. pág. 17.)

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: “Por administración pública se entiende el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del estado y de prestar los servicios que el estado atiende.

Administración, en sentido lato o vulgar, es el cuidado, manejo o gobierno de personas y bienes; de intereses o negocios, privados o públicos, propios o ajenos (VIDAL PERDOMO: Administración Pública: Concepto y Objeto).

CONSTITUCION: Ley fundamental de la organización de un Estado (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Everest Cúpula (2007), pág. 854).

En sentido material complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas que traza las líneas maestras de un ordenamiento jurídico. En sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y los órganos fundamentales del Estado. (Diccionario Jurídico Espasa. (2006), pág. 397)

CONTRATO: Según la Real Academia de la Lengua Española; Acuerdo de dos o más voluntades dirigido a crear una obligación de dar o hacer.

Según el Código Civil Vigente; Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (Artículo 1351 del Código Civil).

CONTRATO ADMINISTRATIVO: El contrato administrativo, en sentido amplio lo podemos definir como un acuerdo entre partes del cual nacen obligaciones recíprocas y para el que, dada su trascendencia social y económica, la ley establece unas normas y consecuencias jurídicas.

DEBIDO PROCESO: Proceso adecuado, en donde se hayan respetado todas las garantías legales.

“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas” (CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Ob. Cit., pág. 111).

DERECHO: proviene del verbo en latín "**dirigere**" que quiere decir: conducir, dirigir, gobernar, recto, severo, directo o derecho.

El Derecho en sí es muy difícil de definir. Algunos lo definen como normas de conducta, otros como conjunto de principios, reglas o preceptos a lo que el hombre está sometido con la facultad de seguirlas o violarlas; por otra parte Miguel Reale sostiene que el derecho corresponde a una exigencia esencial e insoslayable de una convivencia ordenada, pues ninguna sociedad podría subsistir sin un mínimo de orden, de dirección y solidaridad.

DERECHO LABORAL: El derecho laboral o derecho del trabajo, es el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones entre empleador, las asociaciones sindicales y el Estado.

ACTO ADMINISTRATIVO: Se define doctrinariamente como Acto Administrativo la decisión que, en ejercicio de sus funciones, toma en forma unilateral la autoridad administrativa y que afecta a derechos, deberes de intereses de particulares o entidades públicas, de acuerdo con la ley del procedimiento administrativo genera; son actos administrativos las declaraciones de las entidades que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos

jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

ESTADO: Es un concepto político, que nombre a una forma de organización social soberana y coercitiva; siendo el conjunto de las instituciones que poseen la autoridad y la potestad para regular el funcionamiento de la sociedad dentro de un territorio determinado.

JURISPRUDENCIA: En un sentido amplio se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Así, por ejemplo se habla de **Jurisprudencia** de la Corte Suprema, **Jurisprudencia** de la Corte Superior, **Jurisprudencia** del Tribunal Fiscal, del Tribunal Registral, etc.

LEGITIMIDAD: Calidad de legítimo Legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. En el sentido impropio, con el término legitimación se alude a veces a la condición del sujeto que ostenta tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal (Diccionario Jurídico Espasa. Op. cit. pág. 897)

LEGÍTIMO: Legal o conforme a ley. Ajustado a derecho (Diccionario de la lengua española. Everest Cúpula. Op. Cit., pág. 854).

NORMA: La regla social o institucional que establece límites y prohibiciones al comportamiento humano.

“Regla de conducta /. Precepto/ Ley/ Criterio o patrón/ Práctica. Regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal” (CABANELLAS DE TORRES, Ob. Cit., pág. 269)

PERSONA: Una persona, es un ser social dotado de sensibilidad, con inteligencia y voluntad propiamente humanas. Para la psicología se trata de un individuo humano concreto (el concepto abarca los aspectos físicos y psíquicos del sujeto que lo define por su carácter singular y único;

sin embargo, en el ámbito del derecho; persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CARÁCTER NO AUTÓNOMO: Es la prestación de servicios que realiza una persona a favor de una entidad pública de manera dependiente sin que ello implique un vínculo laboral con la entidad.

PRESTACIÓN PERSONAL: Se entiende que nos encontramos frente a una persona natural la que presta el servicio y ésta lo hace de modo infungible, es decir, no puede ser reemplazada por otra dentro de la misma relación jurídica.

PROCESO: Se define al proceso como el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional y los intervinientes, debidamente concadenados, y que termina en una sentencia. Es el instrumento esencial de la jurisdicción o función del Estado, que consiste en una serie de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto (Diccionario Jurídico Espasa. (2006), pág. 1175).

SEGURIDAD JURÍDICA: La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. (Diccionario Jurídico Espasa. Op. Cit. pág. 1302)

TRABAJO: El esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza/ toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento/ Ocupación de Conveniencia social o individual dentro de la licitud. (CABANELLAS DE TORRES, Ob. Cit., pág. 387)

TRABAJADOR: Quien trabaja; todo aquel que realiza una labor socialmente útil. / Laborioso o aplicado al trabajo. / Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer

una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado (CABANELLAS DE TORRES, Ob. Cit., pág. 387).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional encargado de administrar la justicia constitucional. Debe diferenciarse de los órganos de control de la constitucionalidad de las leyes que tienen naturaleza política y de los órganos del poder judicial ordinario que, en algunos sistemas, desempeñan tal función.(Diccionario Jurídico Espasa, op. Cit, pág. 1398)

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mediante el Decreto Legislativo 1057 se crea el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) como una nueva modalidad de contratación de personal en el Estado; disposición legal que ha sido reglamentada por el Decreto Supremo 075-2008-PCM, disposiciones legales que garantizan en modo alguno la estabilidad en el trabajo, en contraposición a lo que prescribe el artículo 27 de nuestra Constitución Política vigente que prescribe que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

De otro lado, el mencionado Decreto Legislativo en vigencia colisiona con los artículos 22 y 23 de la Constitución y el artículo 4 de la Ley de productividad y Competitividad Laboral, no pudiéndose en ninguna relación laboral limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, entre ellos el impedimento del despido salvo por la existencia de causa justa de despido, aun cuando se haya celebrado contrato ajeno y distinto al contrato de trabajo; sin embargo ello no sucede así, porque las personas que trabajan bajo el régimen del denominado CAS, no gozan de estabilidad alguna en el trabajo, por la sencilla razón que al no renovárseles el contrato, simplemente se quedan sin trabajo; por lo que cabe plantearse la siguiente interrogante.

2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS AFECTA O NO EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DEL TRABAJADOR?

2.3. JUSTIFICACIÓN

Esta investigación se justifica porque existen muchos trabajadores del sector público que se encuentran laborando bajo los alcances del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) cuyos contratos le vienen siendo renovados, laborando por más de un año consecutivo, sin embargo y no obstante a ello, simplemente ya no se les renueva el contrato de trabajo, a pesar de ocupar un cargo o función de naturaleza permanente; en consecuencia por el principio de primacía de la realidad deberían tener estabilidad laboral y, por ende, ser incluidos en la planilla del Estado al amparo del artículo 27 de la Constitución Política vigente.

2.4. VIABILIDAD

No obstante a las limitaciones encontradas, como por ejemplo la falta de recursos económicos necesarios; la falta de acceso a materiales y bibliografía básica, escasa en la región; sin embargo, sí es viable la realización del proyecto de investigación.

2.5. OBJETIVOS

2.5.1. Objetivo general

Determinar que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS), atenta contra el derecho de los trabajadores de gozar de estabilidad en el trabajo.

2.5.2. Objetivos específicos

- 1.- Analizar los alcances del Decreto Legislativo 1057.
- 2.- Analizar la garantía constitucional a la estabilidad en el trabajo

2.6. HIPÓTESIS

El Contrato Administrativo de Servicios afecta el Derecho a la Estabilidad Laboral del Trabajador.

2.7. VARIABLES

2.7.1. Variable independiente

Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

2.7.2.- Variable dependiente

Estabilidad en el trabajo.

2.7.3. Conceptualización de las variables

V.I.: Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

El Contrato Administrativo de Servicios conocido como CAS, es una modalidad del Contrato de Trabajo, creado por el Decreto Legislativo 1057, y que ha sido declarado como una modalidad de contratación laboral y que según el Tribunal Constitucional es un contrato enmarcado dentro de la constitucionalidad; sin embargo, dicha modalidad de contratación recorta beneficios a los trabajadores como lo es el derecho a la estabilidad en el trabajo.

V.D.: Estabilidad en el trabajo.

Este derecho lo encontramos en el artículo 27 de la Constitución que precisa que: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

2.7.4. Operacionalización de las Variables

INDICADORES

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADOR	SUB-INDICADOR	FUENTES
Contrato Administrativo de Servicios (CAS)	Inestabilidad en el cargo	Despidos indirectos	D. Leg. 1057. Constitución Doctrina Jurisprudencia
VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADOR	SUB-INDICADOR	FUENTES
Estabilidad en el trabajo	Artículo 27 de Constitución.	Incumplimiento artículo 27 de Constitución	D. Leg. 1057. Constitución Doctrina Jurisprudencia

2.8. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.8.1. Tipo de Investigación

La presente investigación es de carácter descriptivo, correlacional, no experimental y documental.

2.8.2. Técnicas y Métodos de Investigación

2.8.2.1. Técnicas

La técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, llevándose a cabo una recopilación de los mismos, es decir la técnica bibliográfica.

2.8.2.2. Métodos de investigación

- **MÉTODO DOGMÁTICO:** En un comienzo se utiliza el método dogmático con la finalidad de poder conocer la naturaleza jurídica del derecho a la vida, y el derecho a la propiedad.
- **MÉTODO DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICO:** Con la finalidad de reforzar la interpretación del derecho.
- **MÉTODO DEDUCTIVO:** Es decir de lo general a lo específico; partiendo de enunciado general del que se va desentrañando partes o elementos específicos.
- **MÉTODO INDUCTIVO:** Es aquella orientación que va de los casos particulares a lo general, es decir que de datos o elementos individuales por semejanzas, se sintetiza y se llega a un enunciado general que explica y comprende a esos casos particulares.
- **MÉTODO DESCRIPTIVO:** Con la finalidad de poder responder a la pregunta ¿Cómo es? Una determinada parte de la realidad que es objeto del estudio.
- **MÉTODO EXPLICATIVO:** Con la finalidad de considerar la respuesta al ¿cómo?, se centra en responder a la pregunta: ¿Por qué es así la realidad? o ¿cuáles son las causas y efectos?
- **MÉTODO IUSNATURALISTA:** Con la finalidad de poder entender los valores subsumidos en los conceptos jurídicos de los cuales están compuestas las instituciones jurídicas, todo esto, enmarcado en la contrastación de los diferentes conceptos políticos - jurídicos esbozados en la presente investigación.
- **MÉTODO SOCIOLÓGICO – FUNCIONAL:** Por el contexto donde comienza a funcionar la maquinaria del derecho a través de sus conceptos jurídicos e instituciones.

- **MÉTODO LITERAL:** Con la finalidad de llegar a conocer el significado de las normas.
- **MÉTODO DE LA RATIO LEGIS:** A fin de comprender para qué se dictó determinada norma, es decir, conocer el espíritu de la ley.

CAPITULO III

PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

3.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con la finalidad de corroborar la probanza de nuestra hipótesis se hace un análisis de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre el tema materia de investigación; así tenemos:

3.1.1. Expediente N° 03818-2009-PA/TC.

En este expediente, mediante un proceso de amparo se demandó la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido arbitrario; habiendo sido despedido después de haber laborado en forma ininterrumpida por más de siete años, habiendo sido despedido por vencimiento del plazo de su último contrato administrativo de servicios (CAS).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional indica que en el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios; con esta afirmación el Tribunal Constitucional está indicando que cuando se renueva un Contrato Administrativo de Servicios estamos frente a una novación, en consecuencia, no se toman en cuenta los anteriores contratos,

sino únicamente el último; con lo cual consideramos se atenta con la garantía constitucional de estabilidad en el trabajo, consagrado en el artículo 27 de la Constitución vigente, que prescribe que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Sin embargo, dicha protección de estabilidad laboral es violada por los llamados Contratos Administrativos de Servicios (CAS), conforme se desprende de esta sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, considerado el máximo intérprete de la Constitución.

En esta sentencia materia de análisis se señala que: *“Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”*; consideramos que tal afirmación recorta el derecho al trabajador de demandar su reposición al trabajo, en defensa de la estabilidad laboral que protege nuestra constitución; contraviniendo su protección en contra del despido arbitrario; con lo cual corroboramos la probanza de nuestra hipótesis.

3.1.2.- Expediente N.º 03344-2010-PA/TC.

En este proceso de amparo se interpone demanda contra el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que ha sido objeto, y que por consiguiente se lo reponga en su puesto de Técnico de Verificación en el área rural de la Oficina Zonal de Moquegua, por haber laborado desde el 1 de agosto de 2002 al 30 de setiembre de 2008, desempeñando labores de naturaleza permanente, sujetas a un horario de trabajo, bajo subordinación y dependencia.

En primera instancia, se declara fundada la demanda; la Sala Superior competente revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por considerar que el actor se sometió voluntariamente al régimen del contrato administrativo de servicios; por su parte el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda indicando entre sus considerandos que en el proceso de amparo no corresponde analizar si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios, los contratos civiles que suscribió el demandante fueron desnaturalizados, pues en

el caso que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Es decir que el Tribunal Constitucional está indicando que no se analizan los anteriores contratos de trabajo, sino que únicamente se analiza el último, con lo cual consideramos que se deja de lado el Principio de Primacía de la Realidad en consecuencia si esto es así consideramos que se contrapone al derecho a la estabilidad laboral en el trabajo que señala el artículo 27 de nuestra Constitución vigentes, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis en el sentido que el Contrato Administrativo de Servicios afecta el Derecho a la Estabilidad Laboral del Trabajador.

3.1.3. Expediente N° 02841-2010-PA/TC.

En este proceso se interpone demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Piura argumentando la parte demandante que ha sido despedida en forma verbal al término de su jornada del día 2 de octubre de 2009, violándose sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, razón por la que solicita que se la reincorpore en sus labores de secretaria de la Oficina de Administración de la Dirección Regional de la Producción del Gobierno Regional de Piura.

En primera instancia se declaró fundada la demanda, por considerar que en autos está acreditado que el demandante prestó servicios para la emplazada de manera permanente e ininterrumpida por más de un año, resultando aplicable el artículo 1° de la Ley N.º 24041.

La Sala revisora, revocando en parte la apelada, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, nulo todo lo actuado y concluido el proceso, por considerar que la demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa.

El Tribunal Constitucional declara infundada la excepción e infundada la demanda, precisando entre sus argumentos:

Que en el proceso de amparo no corresponde analizar si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios los contratos civiles que suscribió la demandante fueron desnaturalizados, pues en el caso que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituiría

un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional.

Precisa que la demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado que debió culminar al vencerse el plazo contenido en el último contrato administrativo de servicios suscrito por las partes, al no considerarse los anteriores contratos administrativos de servicios sino solamente el último se vulnera el derecho a la estabilidad en el trabajo que garantiza nuestra Constitución vigente.

Por otro lado el Tribunal considera que el contrato administrativo de servicios se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada; nuestra parte no comparte dicho argumento porque la Constitución prescribe que cuando exista duda sobre la interpretación de una norma legal esta debe ser interpretada en lo que más favorezca al trabajador.

Agrega el Tribunal Constitucional que el hecho de que un trabajador continúe laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios constituye una falta administrativa que debe ser objeto de un procedimiento disciplinario, a fin de que se determinen las responsabilidades; ello es otra situación que perjudica al trabajador pues si ha continuado laborando sin contrato debe ser considerado como labores a tiempo indeterminado en consecuencia si esto es así consideramos que se contrapone al derecho a la estabilidad laboral en el trabajo que señala el artículo 27 de nuestra Constitución vigentes, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis en el sentido que el Contrato Administrativo de Servicios afecta el Derecho a la Estabilidad Laboral del Trabajador.

3.2. ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Con la finalidad de corroborar la probanza de nuestra hipótesis en el sentido que el Contrato Administrativo de Servicios afecta la estabilidad laboral del trabajador, se ha realizado una

encuesta entre los abogados que laboran en la ciudad de Piura, habiéndose entrevistado a un total de 30 abogados, cuyo análisis de las respuestas obtenidas es como se detalla:

Ante la pregunta: *¿Considera que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores?*, las respuestas fueron:

- Veintinueve abogados, respondieron que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) SI afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores.
- Un abogado respondió que el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) NO afecta el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores.

Ante la pregunta: *¿Por qué su respuesta?, a los que habían contestado afirmativamente. Las respuestas fueron:*

- Veinte abogados respondieron que es porque el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) persigue que bajo ese sistema, los trabajadores laboren por un determinado tiempo.
- Cuatro abogados respondieron que es porque el Estado no quiere contar con trabajadores estables, y con este sistema puede despedirlos en cualquier momento.
- Cinco abogados respondieron que es porque la inestabilidad en el cargo, permite que los trabajadores se preocupan en desempeñarse mejor en sus labores para conservar el puesto de trabajo.
- **Ante la pregunta del porqué de su respuesta, al que había contestado negativamente. La respuesta fue:**
 - Que, es porque las personas cuando tienen un trabajo estable no rinden en sus labores habituales porque se sienten seguros en el puesto, sin embargo, cuando pesa sobre ellos la idea que pueden ser cesados en cualquier momento, se preocupan en trabajar mejor para que los conserven en el puesto; por lo que con la creación del Contrato

Administrativo de Servicios (CAS) se busca lograr la eficiencia en la Administración Pública, por lo tanto no vulnera el derecho a la estabilidad laboral.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Contrato Administrativo de Servicios (CAS) vulnera la estabilidad laboral del trabajador, porque no obstante de la suscripción de sucesivos contratos de trabajo bajo esa modalidad puede ser cesado al no renovársele el contrato.

SEGUNDA: Si un trabajador continúa laborando después de haberse vencido el contrato administrativo de servicios (CAS) debe ser considerado como un contrato de duración indeterminada.

TERCERA: Siendo los Contratos Administrativos de Servicios (CAS) suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo 1057 que son de naturaleza laboral; deben contar con la protección constitucional de estabilidad en el trabajo.

CUARTA: Siendo el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) una modalidad del Contrato de Trabajo, debe de contar con la misma situación obligacional y relacional que corresponde a los contratos de trabajo en general.

QUINTA: El acuerdo de voluntades es un elemento básico del contrato administrativo de servicios, por lo que por tratarse de un contrato de servicios deben cumplirse y respetarse los derechos a la estabilidad en el trabajo que una es una garantía constitucional del derecho laboral.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda la modificación del Decreto Legislativo 1057, debiendo de concederse todos los derechos que se conceden a los trabajadores nombrados de la Administración Pública, en especial la estabilidad laboral en el cargo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Héctor; (2006) Contrato de Consultoría, Revista Latinoamericana de derecho; Año III, núm.5. págs. 17, 53.

ARIAS SHEREIBER, MAX. Exegesis del Código Civil, Contratos en General, tomo I, Lima. Pág. 17-22, 37.

BÜONMPADRE, Jorge (2001) *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Mario Viera Editor, p.38).

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2007) Diccionario Jurídico Elemental Buenos Aires-Argentina. Editorial Heliasta. págs. 17, 111, 269.

CASSAGNE, Juan Carlos (1999), Contrato Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

DECRETO LEGISLATIVO 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS).

DELGADO Y DE ARRIAGA: Contratos Administrativos, citado por JOSE MIGUEL CARBONERO GALLARDO (2010). Tesis Doctoral sobre “La adjudicación de los Contratos Administrativos: Origen, evolución y sistema actual” Universidad de Granada.

DELGADO Y MARTÍN, E y DE ARRIAGA Y DEL ARCOI, F. (1899): Contratos administrativos, Segunda edición, Madrid, pág. 42.

DE PEÑA OLIVAS, José Manuel (2006); III CONGRESO DE LAS OBRAS PÚBLICAS ROMANAS. Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano, Astorga, España, Travians, pág. 34.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Everest Cúpula (2007) España. . Editorial Everest, pág. 854).

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. (2006) Madrid –España. Edición Espasa Galpe S.A., págs. 397, 897, 1175, 1302

ESCOLA, Héctor, (1989), El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, pág. 264).

FARINA, Juan M. (1993) Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 648.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (1962) “El surgimiento del contrato administrativo”, Introducción al derecho administrativo, Buenos Aires, Perrot, 1ra edición, págs. 48-49).

GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 682.

GUTIERREZ CAMACHO, WALTER (2004)”El Contrato Ley- Artículo 1357” En Código Civil Comentado. Tomo VII-Contratos en General. Lima. Gaceta Jurídica, pág. 65,86, 86

JEZE, Gastón (1949) Principios Generales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. II Vol. 1, pag.4.

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Número 27444.

LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Número 27584.

LEY DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, Numero 25035.

LINARES, Juan Francisco (1976) Fundamentos de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Astrea, pág. 202

MANUEL COBO 'DEL ROSAL (1962) "Examen crítico del parágrafo 30 del artículo 119 del Código Penal español", en RGLJ, tomo XLIV, núm. 2, p. 230.

MITINCI PARODI, Carlos (2000).Perú 1960-2000. Políticas económicas y sociales en entornos cambiantes. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico (CIUP)

PALOMAR OLMEDA, Alberto. (2000) Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los funcionarios públicos, Madrid-España- Editorial, Dykinson, p.13

PATRON FAURA, Pedro y PATRON BEDOYA, Pedro. (2004) Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú, Lima Perú. Editorial Jurídica Grijley, pp.153-155, 166, 167.

PIÑA SEGURA, Yeni Noemi Curso Derecho Administrativo en México. Administración pública. Capítulo 14: Administración pública. Concepto. Organización administrativa).

PRICE, Linda y Rosa VILLACORTA (2000) "Análisis del Proceso de Concesiones. El caso de Madre de Dios y Ucayali", Lima, Universidad del Pacífico

REYNA ALFARO, Luis y VENTURA SAAVEDRA Karen. Los servicios públicos en el Perú. Una visión preliminar. Ensayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.4).

SALAZAR CHAVEZ RICARDO (2009). La Contratación de la Administración Publica en Función a los Intereses involucrados en cada Contrato, Derecho & Sociedad.

URQUIZO OLAECHEA, José. (2002) "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", Revista peruana de ciencias Penales, Lima, Editorial Idemsa, pp.234 y 235.

VASCONCELOS ALBURQUEQUE SOUSA, Nuno, (2000) La Función Pública como relación especial de Derecho Administrativo, Almeida, Porto, p.89.

VEGA, Susana Elena, "Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa", en Gordillo, el Contrato Administrativo...pag.153.

APÉNDICES

APÉNDICE 1-A

EXP. N° 03818-2009-PA/TC

SAN MARTÍN

ROY MARDEN

LEAL MAYTAHUARI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de octubre de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Calle Hayen, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roy Marden Leal Maytahuari contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 390, su fecha 12 de junio de 2009, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de noviembre de 2008, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) de San Martín, solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que ha sido objeto; y que, en consecuencia, se le reponga en su puesto de Técnico de Verificación. Refiere que ha laborado mediante sucesivos contratos de locación de servicios; que ha realizado labores de naturaleza permanente, sujetas a

un horario de trabajo, bajo subordinación y dependencia, desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 1 de octubre de 2008. Adicionalmente, solicita que la demandada se inhiba de realizar actos de hostilización bajo apercibimiento de ser denunciado su representante legal.

El apoderado de COFOPRI contesta la demanda alegando que el demandante prestó servicios mediante contratos administrativos de servicios desde el 1 de julio de 2008 hasta el vencimiento del último de ellos, el 30 de septiembre de 2008, que por tanto, el proceso adecuado para resolver la controversia es el proceso contencioso-administrativo.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento se apersona y alega que de los documentos presentados por el demandante se desprende con nitidez que prestó servicios no personales y que su regulación es conforme al Código Civil.

El Juzgado Mixto de Tarapoto, con fecha 31 de marzo de 2009, declara fundada la demanda considerando que en aplicación del principio de primacía de la realidad el demandante tenía una relación laboral con el COFOPRI, y que por tanto, los contratos administrativos de servicios que celebró carecían de valor.

La Sala revisora, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que para resolver la pretensión es necesario una estación probatoria, agregando que el demandante ha iniciado un proceso sobre impugnación de despido arbitrario.

FUNDAMENTOS

§. Procedencia de la demanda y delimitación de la controversia

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando, por haber sido objeto de un despido arbitrario. Se alega que el demandante, a pesar de haber suscrito contratos de locación de servicios, en la realidad prestó servicios bajo una relación laboral.

2. Por su parte, la parte emplazada manifiesta que el demandante no fue despedido arbitrariamente, sino que al vencimiento del plazo de su último contrato administrativo de servicios se extinguió su respectiva relación contractual.
3. De los argumentos expuestos por las partes y conforme a los criterios de procedencia establecidos en el precedente vinculante de la STC 00206-2005-PA/TC, concluimos en el presente caso que procede evaluar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario.

Para determinar ello, corresponde analizar la protección adecuada que se les debe brindar a los trabajadores del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios contra el despido arbitrario conforme a la sentencia recaída en el Exp. N.º 00002-2010-PI/TC.

§. La protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios

4. Antes de ingresar a evaluar el fondo de controversia conviene recordar que en el Exp. N.º 00002-2010-PI/TC se emitió una sentencia interpretativa mediante la cual se declaró que el Decreto Legislativo N.º 1057 era constitucional, por las siguientes razones:
 - a. Es un régimen laboral especial, debido a que reconoce todos los derechos laborales individuales que proclama la Constitución a favor de los trabajadores, a pesar de la calificación asignada por el legislador delegado.
 - b. Los derechos y beneficios que reconoce el contrato administrativo de servicios como régimen laboral especial no infringen el principio-derecho de igualdad con relación al tratamiento que brindan el régimen laboral público y el régimen laboral privado, ya que los tres regímenes presentan diferencias de tratamiento que los caracterizan y que se encuentran justificadas en forma objetiva y razonable.
5. Efectuadas las precisiones que anteceden, debe recordarse también que en el fundamento 17 de la STC 00002-2010-PI/TC, este Tribunal subrayó que la sola suscripción del contrato administrativo de servicios genera la existencia de una relación laboral.
Consecuentemente, carece de interés que se interponga una demanda con la finalidad de que se determine que, en la realidad de los hechos, el contrato administrativo de servicios es un

contrato de trabajo, pues ello ya ha sido determinado en la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, que tiene que ser acatada, seguida y respetada por todos los órganos de la Administración Pública.

En sentido similar, debe enfatizarse que a partir del 21 de setiembre de 2010, ningún juez del Poder Judicial o Tribunal Administrativo de carácter nacional adscrito al Poder Ejecutivo puede inaplicar el Decreto Legislativo N.º 1057, porque su constitucionalidad ha sido confirmada a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 00002-2010-PI/TC. Ello porque así lo disponen el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar y el artículo 82º del CPConst., así como la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6. Dichas conclusiones llevan a que este Tribunal establezca que en el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un período independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios.
7. Por otra parte, corresponde analizar los alcances del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios. Para ello, hemos de comenzar recordando que en la STC 00976-2001-AA/TC, este Tribunal delimitó el contenido del mencionado derecho constitucional e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. En efecto, en la sentencia mencionada se precisó que:
 - a. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27º de la Constitución puede ser abordado desde dos perspectivas: **i)** un régimen de carácter sustantivo, y **ii)** un régimen de carácter procesal. El régimen de carácter sustantivo contra el despido arbitrario puede ser: **i)** de carácter preventivo, o **ii)** de carácter reparador. Mientras que el régimen de protección procesal puede ser: **i)** de eficacia resarcitoria, o **ii)** de eficacia restitutiva.

Sobre la constitucionalidad de los regímenes de protección adecuada contra el despido arbitrario, corresponde destacar que en la STC 00976-2001-AA/TC este Tribunal precisó que el establecimiento de un régimen sustantivo no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un régimen procesal, es decir, que ambos regímenes de protección son compatibles con el artículo 27° de la Constitución.

- b. El régimen de protección sustantivo-preventivo contra el despido arbitrario tiene por finalidad que el legislador prevenga, evite o impida que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente, es decir, que busca que mediante una norma con rango de ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente a un trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida en que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso.

En el caso del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios, este régimen de protección sustantivo-preventivo se encuentra previsto en el literal f) del numeral 13.1 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, cuyo texto dice que el contrato administrativo de servicios puede extinguirse por:

“Decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas”.

En este supuesto de extinción del contrato administrativo de servicios, el numeral 13.2 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM prevé un procedimiento previo al despido en el siguiente sentido:

“En el caso del literal f) del numeral 13.1 precedente la entidad contratante debe imputar al contratado el incumplimiento mediante una notificación. El contratado tiene un plazo de (5) cinco días hábiles para expresar lo que estima conveniente. Vencido ese plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado”.

Teniendo presente el contenido de los artículos transcritos, este Tribunal concluye que el régimen de protección sustantivo-preventivo del contrato administrativo de servicios es compatible con la Constitución. En todo caso, debe precisarse que los términos “contratado” y “resuelve o no el contrato” del numeral 13.2 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM deben ser entendidos como “trabajador” y “extingue o no el contrato”.

- c. El régimen de protección sustantivo-reparador se materializa cuando una norma con rango de ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias. Conforme a la STC 00976-2001-AA/TC, el régimen de protección sustantivo-reparador es compatible con la Constitución cuando el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente inicia “una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización”.

Este régimen de protección adecuada se encuentra previsto en el numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM, el cual dispone que:

“Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.

El artículo transcrito pone de relieve que el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios prevé un régimen de protección sustantivo-reparador que tiene una eficacia resarcitoria que es compatible con la protección adecuada que brinda el artículo 27º de la Constitución contra el despido arbitrario. En todo caso, debe precisarse que los términos “resuelto” y “contratado” del numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM deben ser entendidos como “extinguido” y “trabajador”.

Asimismo, este Tribunal debe precisar que la interpretación constitucional del numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM debe ser la siguiente:

“Si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses. En caso de que el empleador no abone en forma automática la indemnización, el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente.

Si el trabajador considera que no ha cometido la falta imputada que sustenta su despido o éste constituye una sanción desproporcionada, podrá interponer una demanda solicitando que se le abone una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.

La interpretación dada es conforme con el principio-valor de dignidad de la persona humana reconocido en el artículo 1º de la Constitución, ya que imponerle al trabajador que es despedido en forma injustificada que inicie un proceso para que se le otorgue una indemnización, supone atribuirle una carga innecesaria que no se encuentra justificada en forma objetiva.

- d. En la STC 00976-2001-AA/TC también se precisó que el proceso de amparo constituye un régimen procesal de protección adecuada de eficacia restitutoria que tiene por finalidad la reposición del trabajador a su centro de trabajo y que no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N.º 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia e integridad.

La anterior consideración permite inferir que en el caso del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios también el proceso de amparo tendría eficacia restitutoria. Sin embargo, dicha eficacia restitutoria no puede predicarse en el proceso de amparo porque ello desnaturalizaría la esencia del contrato administrativo de servicios, ya que éste es un régimen laboral especial y transitorio que tiene por finalidad iniciar el proceso de reforma y reordenamiento del servicio civil.

La solución de reposición desnaturalizaría la esencia especial y transitoria del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado. Además, conforme al párrafo d) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

Consecuentemente, al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios no le resulta aplicable el régimen procesal de eficacia restitutoria (readmisión en el empleo), sino únicamente el régimen procesal de eficacia reparatoria (indemnización).

§. Análisis del caso

8. Conforme hemos precisado en los fundamentos precedentes, no corresponde analizar en el presente proceso si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios, los contratos civiles que suscribió el demandante fueron desnaturalizados.
9. En el presente caso, con el contrato administrativo de servicios y sus cláusulas adicionales, obrantes de fojas 180 a 190, queda demostrado que el demandante ha mantenido una relación laboral a plazo determinado, que culminó al vencer el plazo de la última cláusula adicional. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral del demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal h) del numeral 13.1 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM.

Siendo ello así, ha de concluirse que la extinción de la relación laboral del demandante no afecta derecho constitucional alguno, por lo que no cabe estimar la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.
2. Declarar que la interpretación constitucional del numeral 13.3 del Decreto Supremo N.º 075-2008-PCM es la siguiente:

“Si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses. En caso de que el empleador no abone en forma automática la indemnización, el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente.

Si el trabajador considera que no ha cometido la falta imputada que sustenta su despido o éste constituye una sanción desproporcionada, podrá interponer una demanda solicitando que se le abone una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.

Publíquese y notifíquese.

SS.

CALLE HAYEN

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI